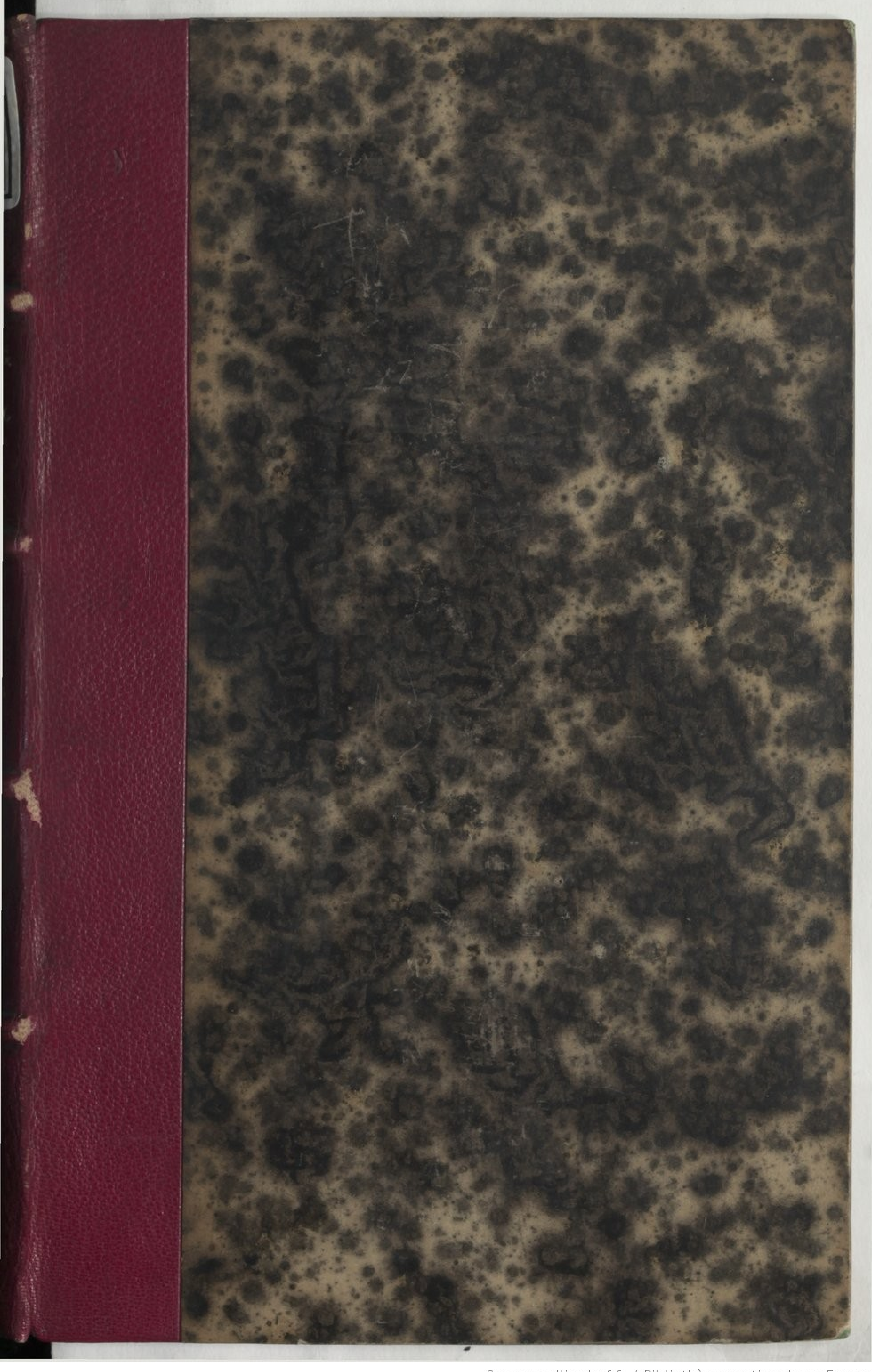
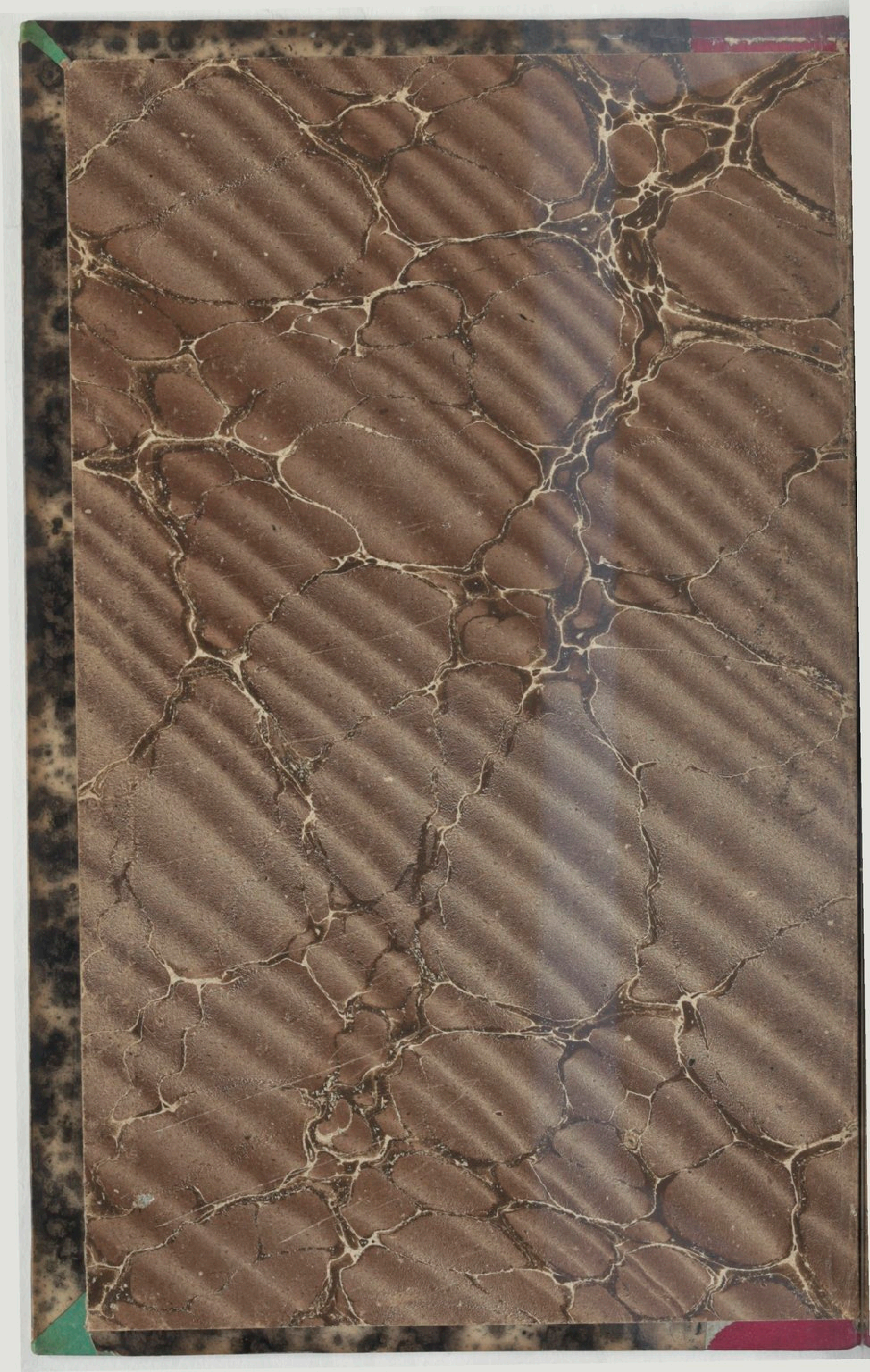
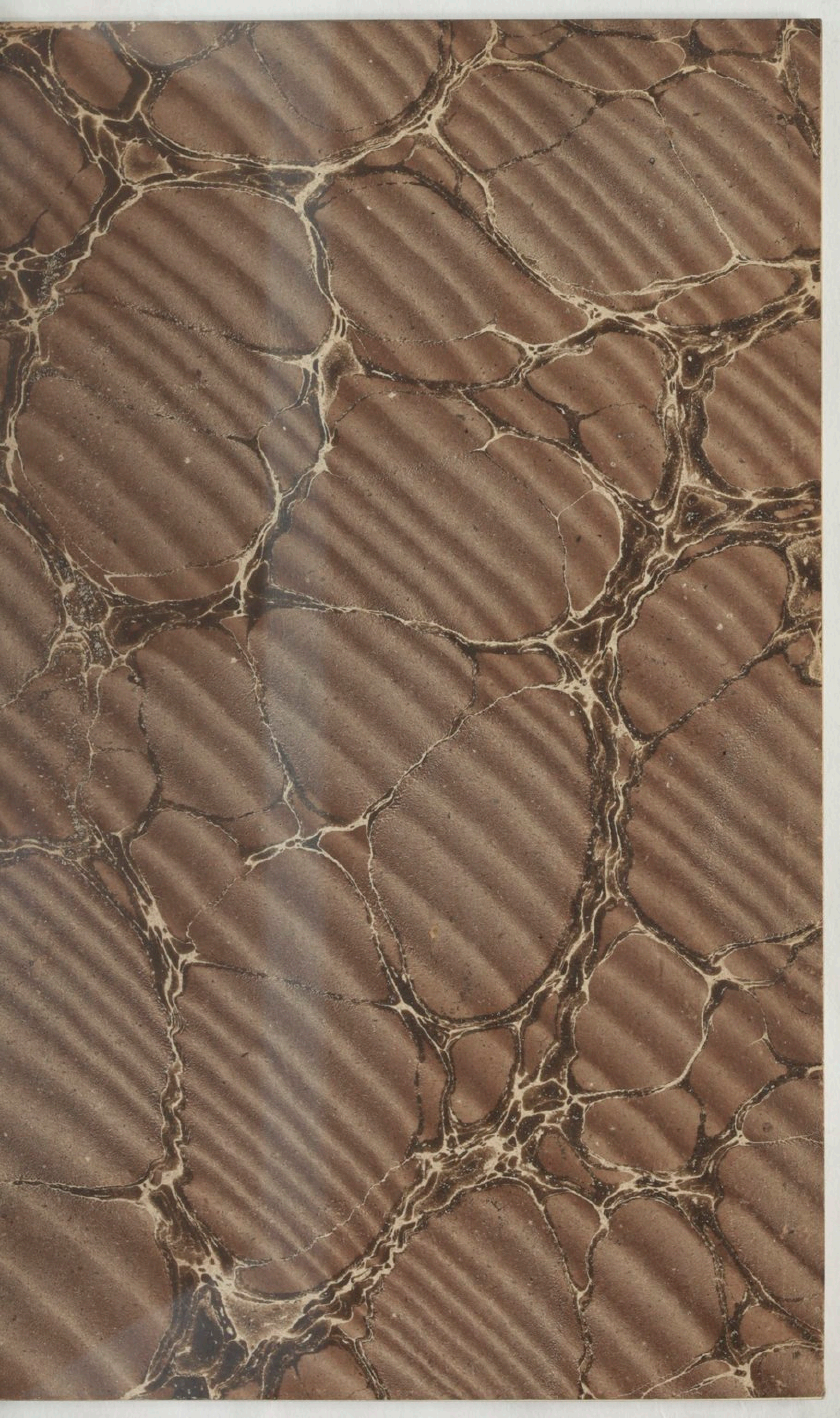
Des Privilèges et hypothèques, ou Commentaire du titre XVIII du livre III du Code Napoléon, par M. Troplong,... 5e [...]







F

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

COMMENTAIRE DU TITRE XVIII DU LIVRE III

DU CODE NAPOLÉON.

PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.



PARIS,
TYPOGRAPHIE DE WITTERSHEIM, RUE MONTMORENCY, 8.

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

DES

PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES

OU

COMMENTAIRE

DU TITRE XVIII DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON,

PAR M. TROPLONG,

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION,

Membre de l'Institut, Grand-Officier de l'Ordre impérial de la Légion-d'Honneur.

OUVRAGE QUI FAIT SUITE A CELUI DE M. TOULLIER,
MAIS DANS LEQUEL ON A ADOPTÉ LA FORME PLUS COMMODE DU COMMENTAIRE.

CINQUIÈME ÉDITION,

AUGMENTÉE DE LA DISCUSSION DES QUESTIONS IMPORTANTES QUI ONT ÉTÉ RÉSOLUES
PAR LA JURISPRUDENCE INTERVENUE DEPUIS 1833 JUSQU'A CE JOUR.

TOME DEUXIÈME.

PARIS,

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

20, RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN.

1854

CODE NAPOLÉON,

LIVRE III,

TITRE XVIII:

DES

PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

ARTICLE 2114.

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. — Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. — Elle les suit, dans quelques mains qu'ils passent.

SOMMAIRE.

385. Origine de l'hypothèque. Ses différences avec le gage. Renvoi.
386. Imperfection de la définition que le Code donne de l'hypothèque. *Omnis definitio periculosa.* Caractères de l'hypothèque.
387. Renvoi pour les biens susceptibles d'hypothèque; pour le

COMMENTAIRE.

385. J'ai fait connaître ci-dessus (1) l'origine de l'hypothèque et ses différences avec le gage proprement dit. J'ai montré aussi qu'elle ne dessaisit pas le débiteur, lequel conserve toujours la propriété et la possession de la chose hypothéquée. Ces prémisses, nécessaires pour connaître toute la force du droit d'hypothèque, faciliteront l'intelligence de la définition qu'en donne le Code Napoléon.

« C'est, dit-il, un droit réel sur un immeuble affecté » à l'acquittement d'une obligation. Il est indivisible, et » suit les immeubles en quelques mains qu'ils passent. »

386. On trouve dans ce peu de mots plusieurs des caractères de l'hypothèque. Cependant tous n'y sont pas exprimés.

C'est un droit réel, dit notre article, car l'hypothèque réside dans la chose, *ejusque ossibus adhæret ut lepra cuti*. C'est ce que les Romains appelaient droit dans la chose, *jus in re*, pour le distinguer du droit personnel qui ne donne lieu qu'à une action contre la personne. Aussi Pothier observe-t-il (2) que l'hypothèque étant *un droit dans la chose*, ne pouvait, au commencement, s'acquérir que par la tradition, comme tous les autres

(1) Nos 7, 8, 9 et suiv.
(2) Orléans, tit. 20, n° 6.

droits réels; mais que pour la commodité du commerce, le prêteur établit par la suite qu'elle pouvait s'établir par la simple convention.

L'hypothèque, étant un droit réel, suit l'immeuble qui y est affecté, en quelques mains qu'il passe. C'est le propre de toutes les actions réelles ; *rem sequuntur* (1). Aussi notre article pouvait-il se dispenser de dire explicitement une chose qui est de droit (2). Les définitions ne doivent contenir rien d'inutile.

Notre article dit que l'immeuble est *affecté* à l'acquittement de l'obligation, pour montrer, d'abord que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèque, ensuite que cet immeuble est le gage du créancier, et que c'est sur lui que ses poursuites doivent se diriger. Et puisque l'immeuble est *affecté* à l'acquittement de l'obligation, il faut en conclure que le débiteur ne peut plus l'engager à d'autres obligations, au préjudice du premier créancier hypothécaire.

Notre article ajoute, en dernier lieu, que l'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire qu'elle subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion d'iceux, « *est tota in toto, et tota in* » *quâlibet parte.* » Hypothèque ne se divise point, dit Loisel (3). Il suit de là que le créancier peut faire vendre celui des immeubles hypothéqués qui lui convient le mieux. « Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus » sibi obligatis quibus velit distractis, ad suum commo- » dum pervenire. » L. 8, D. *De distract. pignor.* (4).

Mais pour que la définition fût complète, il aurait fallu ajouter que le débiteur conserve la possession de la chose

(1) Loyseau, Déguerpissement, ch. 1, liv. 2, n°s 3 et 5.

(2) Ce n'est qu'en fait de *meubles* que les droits réels ne produisent pas toujours le droit de suite. *Infrà*, 396, 397, 414, 415. Mais le Code parle ici des *immeubles* ; et à l'égard de ce genre de biens, le droit réel produit toujours le droit de suite.

(3) Liv. 3, t. 7.

(4) Pothier, Pand., t. 1, p. 576, n° 17, § 5.

hypothéquée, et que la fin de l'hypothèque est la vente de la chose affectée. La première de ces circonstances est importante. Elle constitue un des caractères principaux de l'hypothèque.

La seconde a été présentée par Pothier (1). « L'hypo- » thèque, ou droit de gage, est le droit qu'a un créancier » *dans la chose* d'autrui, *de la faire vendre en justice, pour,* » *sur le prix, être payé de ce qui lui est dû.* »

On ne trouve guère dans le droit de définition qui ne rappelle l'adage connu, *omnis definitio periculosa* (2).

387. Nous verrons se développer plus tard ces différents caractères de l'hypothèque. Nous verrons quels biens sont susceptibles d'être hypothéqués (3); comment, en se mettant en action, l'hypothèque poursuit le tiers détenteur de l'immeuble engagé (4); quel classement doit s'observer dans le rang des créanciers hypothécaires (5). Mais, malgré mon désir de ne pas anticiper sur des détails qui trouveront *in decursu* une place plus convenable, je ne puis m'empêcher de traiter ici de *l'indivisibilité* de l'hypothèque, parce qu'il me serait difficile de placer ailleurs ce que je dois en dire.

388. Dumoulin a fort bien montré (6) que le droit d'hypothèque n'est pas indivisible par sa nature, et qu'il est en lui-même (*meré*) susceptible de division comme le sort principal. « Sic ergo hypotheca, ejusque luitio non » minùs est dividua quàm ipsum principale debitum, » omni respectu dividuum. »

Seulement il ne doit pas être divisé, parce que les conditions ne peuvent pas être scindées. « Cui fundus

(1) Orléans, t. 20, n° 1.

(2) M. Grenier, t. 1, n° 4, trouve *irréprochable* la définition que Neguzantius donne de l'hypothèque; elle me paraît moins exacte encore qu'aucune autre.

(3) Art. 2118.

(4) Art. 2166 et suiv.

(5) Art. 2134 et suiv.

(6) *Extricatio labyrinth. div. et individ.*, p. 3, n° 28.

» legatus est, *si decem dederit*, partem fundi consequi » non potest, nisi totam pecuniam numeraret. » L. 56, D. *De cond. et demonst.* Or l'hypothèque est la condition du prêt, et en retournant l'exemple donné par la loi romaine, on peut dire : Vous m'avez donné une hypothèque, qui constitue à mon profit un gage que je dois vous remettre si vous me payez 10,000 francs que vous me devez. Vous ne pourrez obtenir la liberté, *même d'une faible partie* du fonds hypothéqué, qu'en me payant la somme tout entière (1).

L'hypothèque a donc quelque chose d'indivisible; mais ce n'est pas une indivisibilité parfaite et naturelle. Ce n'est qu'une indivisibilité relative et impropre. « Fateor tamen quòd pignus non potest dividi invito creditore; *individuitatem quamdam habet, non simplicem, sed secundum quid, nec veram et propriam*, quippe cui » non competat individui definitio, *sed impropriam;* » ainsi parle Dumoulin (2).

La raison pour laquelle l'hypothèque doit rester dans l'état d'indivision, c'est en premier lieu l'utilité commune, *utilitas communis* (3); car on peut souvent ignorer la valeur d'un bien hypothéqué, ou bien, si on la connaît, cette valeur peut varier et le gage peut descendre au-dessous de ce qu'il valait primitivement; alors il arrive que le créancier se trouve frustré, et n'a pas de garantie pour le reliquat de la créance. Il est donc plus avantageux que le créancier retienne le gage tout entier, et puisse le faire vendre pour se faire payer du restant.

En second lieu, on suppose qu'en constituant l'hypothèque, il a été sous-entendu entre les parties que le gage ne serait purgé que par le payement intégral de la dette. « *Ne dividatur vigor et vinculum pignoris, debito » principali diviso,* » dit encore Dumoulin (4).

(1) V. *infrà*, n° 775. V. aussi n° 544.
(2) Part. 3, n° 31.
(3) Part. 3, n° 30.
(4) *Loc. cit.* L. *Quandiù*, C. *De distract. pignor.*

389. Cette indivisibilité de l'hypothèque a lieu tant passivement qu'activement.

Elle a lieu *passivement*. Par exemple, le débiteur laisse deux héritiers, dont l'un paye sa portion virile de la dette; mais pour cela, le gage ne sera pas purgé pour moitié, et l'héritier qui a payé ne pourra pas demander mainlevée de l'hypothèque pour sa portion virile. Le créancier conservera son hypothèque sur le tout, et, si besoin est, il fera vendre la totalité de l'immeuble pour se payer de ce qui lui reste dû (1). C'est donc une erreur bien inconsidérée de François Arétin, d'avoir écrit que, puisque l'obligation personnelle se divise entre les héritiers, il en doit être de même de l'hypothèque. Il n'y a pas d'hérésie monstrueuse qui ne puisse s'appuyer du nom d'un jurisconsulte! Bornons-nous à dire avec Dumoulin : « *Quod est falsissimum*, quia omnis hypo- » theca sive legis sive hominis *est tota in toto, et tota in* » *quâlibet parte* (2). »

L'indivisibilité a lieu *activement*; ainsi, si le créancier a deux héritiers, et que le débiteur paye à l'un sa portion virile, l'autre conservera la totalité de l'immeuble sous l'hypothèque originaire, qui ne recevra aucune diminution de ce que la dette aura été payée pour partie, *propter indivisam pignoris causam* (3). Il est même certain que,

(1) La Cour de cassation est allée même jusqu'à décider, par arrêt du 31 janvier 1844 (Sirey, 44, 1, 398), qu'une hypothèque constituée pour sûreté d'une dette divisible entre les débiteurs, sur des immeubles appartenant aux uns et aux autres, peut grever pour le tout les immeubles des uns et des autres, et non pas seulement pour la part et portion de chacun des débiteurs. Toutefois ce n'est qu'un arrêt d'espèce; les motifs expriment nettement que la solution a été déterminée par les termes de l'acte duquel il résultait que la totalité des immeubles désignés avait été soumise au plein et entier exercice de l'action hypothécaire des créanciers. C'est, en effet, par les termes de l'acte que de telles difficultés doivent se résoudre, surtout quand il n'y a pas de solidarité.

(2) Part. 2, n° 91, et part. 3, n° 28.

(3) Dumoulin, part. 3, n° 28.

quand même l'héritier payé aurait consenti à la diminution de l'hypothèque, cette convention ne pourrait nuire à l'autre créancier, dont la condition ne peut être rendue plus mauvaise sans son propre fait (1).

390. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque est fécond en conséquences; et d'abord c'est de lui qu'émane cette règle, consacrée par l'art. 2161 du Code Napoléon, que le débiteur qui a promis de donner tels et tels immeubles en hypothèque, ne peut obtenir la réduction de cette hypothèque, quand même elle offrirait plus de garantie qu'il n'en faut pour répondre de la dette (2).

De plus, c'est lui qui a fait établir cette autre règle, consacrée par l'art. 873, que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout.

En effet, l'hypothèque ne pouvant pas se partager, chaque héritier détenteur des biens hypothéqués par le défunt est exposé à se voir rechercher pour le total de la dette, dans chaque portion des biens couverts de l'hypothèque. A la vérité, l'obligation personnelle se divise de plein droit entre les héritiers ; c'est le vieux principe de la loi des Douze-Tables. Mais le créancier hypothécaire n'est pas tenu de suivre cette division ; et par l'action hypothécaire qui est indivisible, il peut sommer chaque héritier détenteur d'un objet hypothéqué de payer la totalité de la dette ou de délaisser. « Actio quidem per- » sonalis inter hæredes pro singulis portionibus quæsita » scinditur : pignoris autem jure multis obligatis rebus, » quas diversi possident : cùm ejus vindicatio non per- » sonam obliget, sed rem sequatur : qui possident, te- » nentes non pro modo singularum rerum substantiæ » conveniuntur, sed in solidum : ut vel totum debitum » reddant, vel eo, quod detinent, cedant. » L. 2. C. *Si unus ex plurib. hæred.* (3).

(1) Id., *loc. cit.*
(2) *Infrà*, n° 749.
(3) V. aussi Lebrun, Success., liv. 4, ch. 2, sect. 1, n° 32. *Infrà*, n° 775.

En effet, lorsque le créancier, poursuivant son action hypothécaire pour le total de la dette, presse un héritier de le lui payer, il ne considère pas cet héritier comme obligé personnel, mais bien comme tiers détenteur, pour tout ce qui excède sa portion virile. L'héritier actionné par la voie hypothécaire ne doit directement que le délaissement, et les véritables conclusions du demandeur doivent tendre à obtenir le délaissement, *si mieux n'aime l'héritier payer le total.* Je reviendrai là-dessus en commentant l'art. 2170 et l'art. 2172.

Mais ce serait une grande erreur de s'imaginer que l'héritier est tenu hypothécairement sur ses propres biens. L'adition d'hérédité ne produit pas une hypothèque tacite sur les biens propres de celui qui accepte. Aussi Bartole a-t-il dit avec concision, d'après la loi 29, D. *De pignorib. et hypoth. :* « *Obligatio facta à defuncto* » *non porrigitur ad bona hæredis.* »

Si le créancier hypothécaire veut avoir hypothèque sur les biens de l'héritier, il faut qu'il obtienne une condamnation contre lui, et encore cette condamnation ne donne-t-elle hypothèque que pour la portion virile de la dette dont l'héritier est tenu (1).

391. L'indivisibilité de l'hypothèque produit encore d'autres effets remarquables, que je ferai ressortir quand j'arriverai au rang des hypothèques entre elles, et quand je parlerai du concours entre les hypothèques générales et les hypothèques spéciales (2).

Enfin, l'on trouvera des exceptions au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans les art. 2143, 2144 et 1161 du Code Napoléon.

Article 2115.

L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n°s 33, 35.
(2) *Infrà*, n° 750 et suiv.

SOMMAIRE.

392. L'hypothèque est du droit des gens. Mais la manière de l'acquérir dépend du droit civil. Elle est donc subordonnée aux formes autorisées par la loi.

392 *bis*. L'étranger peut acquérir hypothèque en France en se conformant aux lois françaises. Raison de cela. Les formes organisées par le droit civil ne sont pas un obstacle à ce qu'un acte, qui est en lui-même du droit des gens, reste tel.

COMMENTAIRE.

392. Cet article a pour but d'indiquer que l'hypothèque dépend des formalités auxquelles la loi l'a soumise. En effet, quoique ce contrat soit en soi du droit des gens, puisqu'il est pratiqué chez toutes les nations civilisées (1), néanmoins la manière de l'acquérir est du droit civil, qui, mettant à l'écart les formes gênantes du nantissement, a permis que le débiteur restât en possession de l'objet qui sert de gage à la dette, ce qui est contraire aux principes rigoureux sur la tradition *De pignore, jure honorario, nascitur ex pacto actio.* L. 17, § 2, D. *De pact.* (2).

C'est pour cela que nous verrons plus bas (3) l'hypothèque dépendre de conditions plus ou moins différentes, depuis les Grecs jusqu'à nous. Tantôt c'est un écriteau placé sur l'héritage donné pour garantie ; tantôt c'est la saisine, la mainmise et la mise en possession ; tantôt c'est la solennité de l'acte public. A Rome, il fallait une convention, excepté dans certains cas déterminés. En France, tout acte public produisait hypothèque sur tous les biens présents et à venir, quand même la convention d'hypo-

(1) *Jus gentium*, dit Gaius, *quasi quo jure omnes gentes utantur. Inst.* Comment. 1, n° 1.

(2) Pand., t. 1, p. 74, n° 28. Cujas, sur la loi 5, D. *De just. et jure*. Pothier, sur Orléans, t. 20, n° 9.

(3) Sur l'art. 2134.

thèque n'y était pas exprimée. Mais nul acte sous seing privé ne pouvait, par lui seul, produire hypothèque (1).

D'après le Code Napoléon, l'hypothèque doit être toujours expressément stipulée, à moins qu'elle ne soit judiciaire ou légale, art. 2127. Elle doit être rendue publique par l'inscription.

392 *bis*. Puisque l'hypothèque est en elle-même du droit des gens, il s'ensuit qu'un étranger peut acquérir hypothèque sur les biens situés en France, en observant les formalités prescrites à cet effet par les lois françaises (2). Peu importe que la forme de l'hypothèque soit réglée par les lois civiles. Car les rapports qui existent depuis longtemps de nation à nation ont mis les solennités des actes publics à la portée des étrangers, et ont établi un échange commode et facile de ces formes nationales, que la république romaine réservait avec une hauteur jalouse pour les seuls citoyens. C'est même pour les peuples modernes un sujet d'orgueil et une marque de supériorité, d'obliger les étrangers à se servir des formes spéciales établies dans l'étendue de la souveraineté dans laquelle ils contractent. Les formes sont donc passées, à l'égard des étrangers, dans le domaine du droit des gens, et elles n'empêchent pas, par conséquent, que l'acte qui par lui-même est hors du droit civil continue à rester à cette place.

Article 2116.

Elle est ou *légale*, ou *judiciaire*, ou *conventionnelle*.

Article 2117.

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. — L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte

(1) Pothier, Orléans, t. 20, n° 6.
(2) Merlin, t. 16, p. 330, col. 2, *infrà*, n°s 429 et 513 *ter*.

des jugements ou actes judiciaires. — L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats.

SOMMAIRE.

393. Renvoi.

COMMENTAIRE.

393. J'expliquerai toutes les difficultés qui se rattachent à ces trois genres d'hypothèques, et je ferai connaître leurs caractères, leur origine et leurs effets, lorsque je serai arrivé à chacune des sections qui leur sont relatives.

ARTICLE 2118.

Sont seuls susceptibles d'hypothèques,

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles;

2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée (1).

(1) Cette nomenclature, dont l'insuffisance a laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de résoudre des difficultés que la loi pouvait éviter, avait été étendue dans les projets qui étaient soumis à l'Assemblée législative lors des discussions sur la réforme hypothécaire. Voici ce que disait à cet égard la rédaction définitive qui avait été préparée pour la troisième lecture: « Sont seuls » susceptibles d'hypothèque : 1° les biens immobiliers qui sont » dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles; » 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de » sa durée, à l'exception de l'usufruit légal des père et mère; » 3° le droit du preneur à bail emphytéotique. Sont assimilés au » bail emphytéotique, le bail à vie sur une ou plusieurs têtes, et le » bail de trente ans ou plus, lorsque ces baux ne contiennent pas » la prohibition de céder le droit au bail ou de sous-louer; 4° les » concessions de chemin de fer, canaux, ponts et autres travaux

SOMMAIRE.

394. Par le droit romain on pouvait hypothéquer les meubles.
395. En France, antiquité de la maxime que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.
396. Exception à cette règle dans les parlements de Toulouse, Rouen et Rennes. Néanmoins on n'y pouvait suivre l'immeuble hypothéqué hors des mains du débiteur.
397. Ce que c'est que *la suite* par hypothèque. Différences avec le droit de saisir.
398. Le Code ne permet pas d'hypothéquer les meubles. Il a même détruit les hypothèques qu'il a trouvées existantes sur iceux dans certains pays.
399. Qu'entend le Code par les mots *droits immobiliers?* Des meubles devenus immeubles par destination. On peut les hypothéquer avec le *fonds*.
400. L'usufruit peut être hypothéqué. Que comprend cette hypothèque? Arrêt de Turin rejeté.
401. Une servitude ne peut être hypothéquée. Opinion des anciens docteurs à ce sujet.
402. Pourquoi elle ne peut être hypothéquée dans le droit nouveau.
403. Les droits d'usage ne peuvent être hypothéqués. Erreur de M. Grenier, qui a enseigné le contraire.
404. Des fruits pendants. Ils ne peuvent être hypothéqués sans l'immeuble. On ne peut hypothéquer une futaie sans le sol. *Quid* des fruits séparés du sol? *Quid* d'un taillis ou d'une futaie vendue pour être coupée? Les fruits sont immobilisés par la saisie immobilière de l'immeuble.

404 *bis*. Des mines, minières et carrières.

405. *L'emphytéose* et le droit de *superficie* peuvent être hypothéqués. Erreur de M. Grenier qui soutient le contraire.
406. Les actions immobilières ne peuvent être hypothéquées. On ne doit pas suivre l'opinion contraire de M. Pigeau.
407. De l'hypothèque sur hypothèque. Du sous-ordre.

» d'utilité publique, faites pour vingt ans ou plus; 5° le droit du » colon de domaine congéable sur les édifices et superficies, con» formément aux lois qui régissent cette nature de droit. » On peut voir aussi par ce que j'ai dit à la préface, p. xxiv, à la note, que la loi récemment votée en Belgique a élargi également, quoique dans une mesure moins grande, la nomenclature de l'art. 2118 du Code Napoléon.

408. Les rentes ne peuvent plus être hypothéquées. *Quid* dans l'ancienne législation? *Quid* des rentes sur l'Etat?
409. Le droit de champart non plus.
1. Des actions et intérêts dans une société propriétaire d'immeubles.
411. Des actions de la Banque de France.
412. On ne peut hypothéquer les choses hors du commerce. *Quid* d'une pêcherie ou saline formée sur le rivage de la mer?
413. Renvoi pour l'impossibilité d'hypothéquer le fonds dotal et autres choses de même nature.
413 *bis*. Peut-on hypothéquer un immeuble saisi après la dénonciation de la saisie?

COMMENTAIRE.

394. Par le droit romain les meubles pouvaient être hypothéqués: « Statu liber quoque dari hypothecæ po- » terit, licet conditione existente evanescat pignus. » D. 13, L. *De pignorib. et hyp.* (1). On y tenait pour règle générale que tout ce qui pouvait se vendre pouvait être aussi donné à hypothèque. « Quod emptionem venditio- » nemque recipit etiam pignorationem recipere potest. » L. 9, § 1, D. *De pignorib. et hypoth.*

395. En France, au contraire, c'était une vieille règle du droit coutumier que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. On en donne trois raisons assez plausibles: « La première que les meubles, dit Loyseau, n'ont pas » une subsistance permanente et stable comme les im- » meubles, et partant ne sont si propres à recevoir en » soi, par la simple convention, et sans qu'ils soient ac- » tuellement occupés, le caractère d'hypothèque, et à » conserver ses effets : car autrefois, proprement et origi- » nairement l'hypothèque n'avait lieu aux meubles, mais » seulement le gage appelé *pignus à pugno*. »

La seconde raison, c'est que les meubles peuvent être mis facilement dans les mains du créancier, comme un

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 565, n° 1.

gage de sa créance, et que dès lors il n'est pas nécessaire de recourir, à leur égard, à la fiction du droit, qui a fait établir l'hypothèque sans tradition.

La troisième raison est que si les meubles pouvaient être hypothéqués, « le commerce serait grandement in-
» commodé, dit Loyseau, même aboli presque tout à
» fait, parce qu'on ne pourrait pas disposer d'une
» épingle, d'un grain de blé sans que l'acheteur en pût
» être évincé par tous les créanciers du vendeur (1). »
Cette dernière raison était d'autant plus forte sous l'ancienne jurisprudence, que tout acte public entraînait hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir.

396. C'est donc une chose fort ancienne en France, que les meubles ne peuvent être hypothéqués.

Néanmoins il y avait quelques provinces où les meubles pouvaient être affectés par l'hypothèque. C'est ce qui avait lieu en Bretagne et dans le ressort du parlement de Toulouse. De même, par la coutume de Normandie (2), les créanciers étaient colloqués sur les meubles suivant l'ordre de leur hypothèque. Cependant il y avait cette différence, entre les usages du pays dont il vient d'être parlé et le droit romain, que par le droit romain (3) les meubles pouvaient être suivis par l'hypothèque, en quelques mains qu'ils passassent, au lieu que par la coutume de Normandie et autres, le meuble qui n'était plus en saisine de l'obligé était dégrevé. Seulement, lorsqu'il était saisi par le débiteur, l'ordre des hypothèques y était conservé (4).

397. Ainsi, dans ces provinces de France, quoique tous les biens, meubles ou immeubles, fussent suscep-

(1) Offices, liv. 3, ch. 5, nᵒˢ 23 et suiv.
(2) Art. 593.
(3) Loyseau, Off., liv. 3, ch. 5, nº 21.
(4) Basnage, Hyp., ch. 9.

tibles d'être hypothéqués, néanmoins il n'y avait que les immeubles qui eussent *la suite par hypothèque*.

En effet, la suite par hypothèque est, dit Loyseau (1), quand un créancier suit son hypothèque, ou contre l'acquéreur, ou contre le créancier postérieur. Il ne faut pas la confondre avec l'exécution ou saisie ; car la saisie peut être faite par un créancier non hypothécaire (2).

398. Par le Code Napoléon, les biens immobiliers sont seuls susceptibles d'hypothèque. Il a même été décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1807, que la loi du 11 brumaire an VII avait anéanti les hypothèques qui frappaient sur les meubles, dans les provinces où le droit le permettait, en même temps qu'elle avait défendu à l'avenir d'en prendre sur cette espèce de biens (3). C'est aussi ce qu'a jugé la cour de Turin par arrêt du 25 janvier 1811 (4). Ainsi ceux qui avaient hypothèque sur les meubles de leur débiteur, l'ont perdue par la promulgation des lois nouvelles.

399. Mais l'expression de *biens immobiliers*, dont se sert notre article, a quelque chose de vague qui peut donner lieu à des difficultés.

D'abord, en ce qui concerne les terres, maisons et autres choses qui sont *res soli*, nul doute que l'hypothèque ne puisse les affecter.

On ne doute pas non plus que tous les accessoires d'un fonds réputés immeubles ne puissent être hypothéqués avec le fonds, et saisis par la voie de l'expropriation forcée (art. 2204 Code Napoléon.)

(1) Loyseau, *loc cit.*, nº 29.

(2) Néanmoins, il est reconnu en jurisprudence que des biens frappés d'insaisissabilité sont par cela seul à l'abri de toute inscription hypothécaire. Cassation, 10 mars 1852 (*J. du Pal.* 1852, t. 2, p. 40.)

(3) Dalloz, Hyp., p. 123. Sirey, 7, 1, 158.

(4) Sirey, 12, 2, 285. M. Dalloz ne donne pas le texte de cet arrêt. Il se contente d'en indiquer la date. Hyp., 122, 123, note 1.

Ainsi toutes les choses énumérées dans l'art. 524 du Code Napoléon peuvent être données à hypothèque avec le fonds. Elles sont même censées hypothéquées tacitement, lorsque le fonds dont elles dépendent est grevé d'hypothèque. L'accessoire suit le principal.

Je dis que ces objets peuvent être hypothéqués avec le fonds ; mais il est certain qu'ils ne peuvent l'être séparément (1) ; car quelle fixité et quelle solidité pourrait avoir une hypothèque que le débiteur pourrait faire disparaître à sa volonté ? Il lui suffirait en effet de changer la destination de ces meubles, qui ne sont dans la classe des immeubles que par fiction. Il y a plus ! c'est qu'en supposant qu'ils restent attachés au fonds par destination du propriétaire, le créancier ne pourrait les faire saisir qu'en les enlevant à cette destination, qu'en les séparant de la chose dont ils étaient l'accessoire, et par conséquent qu'en les faisant rentrer dans la classe des meubles. Ainsi il détruirait lui-même son hypothèque, en la mettant en action.

La cour de Douai a décidé, par arrêt du 3 janvier 1815 (2), que des objets mobiliers placés dans une usine et réputés immeubles pouvaient être vendus à part de l'usine, et que le prix devait en être affecté aux créanciers hypothécaires. Cette décision me paraît insoutenable ; car la vente, en séparant l'accessoire du principal, a détruit la fiction qui transformait le meuble en chose immobilière ; elle a rendu le meuble à sa nature originaire ; elle en a fait un objet certain, subsistant par lui-même, gouverné par ses propres règles, et soumis par conséquent au principe général, qui s'oppose à ce que les meubles aient suite par hypothèque (2119). Le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Douai ne fut rejeté, par arrêt

(1) Rép., Hyp., p. 898, *infrà*, n° 777. Delv., t. 2, p. 635. Dalloz, Hyp., p. 120, n° 3.

(2) Sirey, 16, 2, 46.

de la section civile du 4 février 1817 (1), que par un de ces tours de force que la Cour suprême prodigue trop souvent, pour éluder l'application des principes qui doivent amener une cassation. Dans l'espèce, le propriétaire des objets mobiliers était décédé sans avoir changé la destination immobilière de ces objets. Cette destination n'avait été changée que par le curateur à la succession vacante, qui les avait fait vendre comme meubles. On n'attaquait ni la légalité de la vente, ni les pouvoirs du curateur pour y procéder. Mais la Cour de cassation eut l'idée de dire que la destination *était devenue irrévocable par le décès du propriétaire*, et que la vente n'avait pu se faire qu'au profit des créanciers hypothécaires, comme si la séparation de l'accessoire et du principal ne détruisait pas de plein droit l'accession (2) !

400. A l'égard de l'usufruit, qui est un droit immobilier, notre article dit positivement qu'il peut être hypothéqué. Ce qui est conforme à la loi 11, § 2, D. *De pignor. et hypoth.*. « Ususfructus an possit pignori hypothecæve » dari quæsitum est... et scribit Papinianus libro XI res- » pons. tuendum creditorem (3). »

(1) Dalloz, Choses, p. 467. V. *infrà*, n° 777, un arrêt qui paraît contraire.

(2) N° 404.

(3) Peut-on consentir hypothèque sur l'usufruit d'un immeuble dont on a la propriété?

Si l'on s'en rapportait au sommaire qui précède un arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1836, rapporté par Sirey, 36, 1, 366, on pourrait croire que la question a été résolue d'une manière négative par cette cour.

M. Devilleneuve, dans une annotation sur cet arrêt, critique cette décision et pense qu'une telle stipulation n'a rien d'illicite.

Il me semble que la Cour suprême n'a nullement touché cette question, et M. Dalloz, qui rapporte aussi l'arrêt du 12 avril 1836 (37, 181), ne paraît pas non plus y avoir vu la solution indiquée par Sirey.

Au surplus, je me réunis à l'avis de M. Devilleneuve, et, comme lui, je ne vois pas ce qu'aurait d'illicite et de contraire au prin-

Mais cette hypothèque s'exerce-t-elle sur les fruits perçus à titre d'usufruit, ou seulement sur le droit ? La dame Lagnasco, séparée de biens d'avec son mari et ayant une hypothèque sur un usufruit que possédait ce dernier, réclama des fermiers le payement des canons annuels. Il y avait déjà sur les fruits des saisies-arrêts formées par d'autres créanciers. Ces derniers prétendirent que la dame Lagnasco devait venir par contribution avec eux. Mais la cour de Turin, par arrêt du 24 avril 1810, considérant que les fermages représentent l'usufruit même, accorda la préférence à la dame Lagnasco, comme ayant hypothèque antérieurement aux autres créanciers (1).

Cet arrêt ne peut faire autorité. Les fermages ne représentent pas plus l'usufruit, que les fruits ne représentent l'immeuble. La saisie des fruits ne peut donner lieu qu'à une distribution de choses mobilières (art. 579 et 635 du Code de procédure civile). Ce qui, dans l'espèce, est grevé d'hypothèque, c'est le droit et non les fruits, le droit qui est un démembrement de la propriété, qui a par lui-même une valeur comme la propriété (2), et qui, comme elle, donne un droit aux fruits annuels. Celui qui a hypothèque sur un immeuble ne peut certainement pas prétendre une préférence sur les fruits qu'il fait saisir, sans le fonds (3). De même celui qui a hypothèque sur un usufruit n'a pas de rang hypothécaire sur les fruits saisis, abstraction faite du fonds.

401. Mais une servitude peut-elle être hypothéquée?

Cette question est une des plus controversées de celles qu'agitaient les interprètes du droit romain.

cipe de l'indivisibilité de l'hypothèque la convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble en hypothéquerait séparément l'usufruit, de même qu'il peut vendre l'usufruit en retenant la nue-propriété, *et vice versâ*.

(1) Sirey, 11, 2, 319.

(2) Art. 1568 du Code Napoléon.

(3) *Infrà*, n° 404.

Bartole (1), Cœpola (2), Neguzantius (3), disaient qu'il fallait distinguer entre les servitudes établies, qu'ils appelaient *formales*, et les servitudes non encore établies, qu'ils appelaient *causales*. Les servitudes *formelles*, disaient-ils, ne peuvent être hypothéquées, soit qu'elles soient urbaines, soit qu'elles soient rustiques. Mais dans les servitudes non encore établies, il faut distinguer celles qui sont rustiques de celles qui sont urbaines. Les premières peuvent être données comme sûreté, les secondes ne le peuvent pas.

Pour justifier la première proposition, savoir que les servitudes *formelles* ou déjà établies ne peuvent être hypothéquées, on disait que les servitudes sont des accessoires du fonds dominant, que c'est à lui seul qu'elles peuvent appartenir, qu'elles ne peuvent être ni vendues ni aliénées ; car, une fois détachées du fonds dominant, elles sont sans utilité. Elles n'ont de valeur qu'autant qu'on achèterait en même temps le fonds dont elles procurent la commodité.

Mais lorsque la servitude n'existe pas encore, le débiteur peut sans difficulté accorder à son créancier, pourvu qu'il soit son voisin, un droit de passage, par exemple, jusqu'à ce qu'il le paye, et lui permettre même de vendre ce droit de passage à un autre voisin, à qui il pourrait être utile.

Mais cela ne peut se faire que pour les servitudes rustiques, comme droit de passage, de conduire des bestiaux, etc.; car il arrive quelquefois qu'elles peuvent faire l'avantage de plusieurs voisins.

Quant aux servitudes urbaines, il n'en est pas de même; il est impossible de concevoir qu'elles puissent avoir d'utilité pour d'autres que pour le propriétaire de l'édifice dominant. Un droit de gouttière, par exemple,

(1) Sur la loi *Sed an viæ*, 12, *De pignorib*. D.
(2) *De servit. urban. præd.*, cap. 12, col. ult.
(3) *De pignorib.*, 3, memb. 2, part. n° 15.

n'est exclusivement profitable qu'au sol pour lequel il est établi (1).

On appuyait ce système des lois 11, § fin., et 121 D. *De pignorib. et hypothec.* C'était aussi celui de Cujas (2), de Vinnius (3) et de Pothier (4).

D'autres jurisconsultes, tels que François Ripa, ne faisaient aucune différence entre les servitudes *formales* ou *causales*, ni entre les servitudes rustiques et urbaines; ils tenaient indistinctement qu'on ne pouvait les hypothéquer, mais qu'on pouvait seulement hypothéquer la commodité de leur usage.

Dumoulin a traité cette question (5); il part du principe que tout ce qui peut être vendu peut être hypothéqué (6); et il tire la conséquence que toute servitude rustique ou urbaine, soit qu'elle soit établie ou à établir, pouvant être vendue ou remise au propriétaire du fonds servant, peut aussi lui être hypothéquée.

Mais un débiteur, qui emprunte de l'argent, ne peut donner à un tiers, son créancier, la servitude *tigni vel stillidicii, vel fluminis, seu rivi immittendi*, qu'il exerce sur la maison d'autrui. Car ces servitudes sont inséparables du fonds, puisqu'elles n'ont d'existence et d'utilité que pour lui. Elles ne peuvent être vendues sans le fonds dominant, elles ne peuvent donc être hypothéquées sans lui, et on doit dire la même chose, continue Dumoulin, des servitudes rustiques, dont l'utilité ne peut être cédée: *Hoc pariter locum habet in servitutibus rusticis ejusdem*

(1) Quis enim, exempli gratiâ, emeret servitutem tigni vel stillicidii debitam ædibus Titii? Nec enim usui aliorum ædium esse possunt quàm Titii (Cujas, lib. 68, *Pauli ad edict.*, l. 12, D. *De pignorib. et hypothec.*).

(2) *Loc. cit.*

(3) *Quæst. selectæ.*

(4) Pand., t. 1, p. 565 et 566, aux notes.

(5) *Extric. labyrinth. divid. et ind.*, part. 3, n° 310 et suiv.

(6) *Loc. cit.*, n° 322.

rationis, videlicèt quarum nec commoditas qnidem potest aliis cedi (1).

Mais il est des servitudes rustiques dont l'utilité peut être cédée, par exemple un droit de passage ou d'aqueduc ; plusieurs voisins peuvent en tirer avantage : dans ce cas, que devra-t-on décider? Pierre, qui a un droit de passage sur le fonds de Jacques, pourra-t-il l'hypothéquer à Paul, qui a un fonds voisin et à qui ce droit de passage peut être utile?

Il est certain, dit Dumoulin, qu'il ne le pourra pas malgré Jacques; car Jacques ne doit la servitude qu'au fonds dominant et pas à d'autre (2).

A la vérité, si Jacques y consent, Pierre pourra céder son droit de passage à Paul. Mais on ne pourra pas dire encore qu'il puisse le lui hypothéquer. En effet, ou la convention porte que Pierre s'abstiendra de passer, et que Paul passera seul, et alors il y a création d'une nouvelle servitude; c'est Jacques qui la constitue : ce n'est pas un droit d'hypothèque concédé par Pierre.

Ou bien la faculté de passer est accordée à Paul, comme simple faculté personnelle, et c'est un droit nouveau qui n'a rien de commun avec le droit de servitude de Pierre. Ce n'est donc pas un droit d'hypothèque, puisqu'il s'agit d'un droit, lequel « *capit jus à Titio, à* » *cujus solius consensu ea facultas pendet* (3). »

En ce qui concerne les servitudes non encore établies, Dumoulin interprète ainsi qu'il suit la loi 12, D. *De pignorib. et hypoth.* « Je vous ai prêté 100 fr., et parce » que je désirerais avoir un passage par votre cour pour » aller de mon habitation à mon jardin, j'ai exigé de » vous ce droit de passage, jusqu'à la restitution de la » somme prêtée, et il a été convenu que si vous ne me » payiez pas à l'époque indiquée, vous me vendriez ce

(1) N° 331.
(2) L. *Ex meo*, D. *De servit. rust. præd.*
(3) Dumoulin, n°s 336 et 337.

» droit de passage, ou que je le pourrais faire vendre » aux enchères aux individus ayant des fonds voisins. »

Ainsi, la stipulation de cette hypothèque est valable, et elle peut avoir lieu non-seulement pour les servitudes rustiques, mais encore pour les servitudes urbaines, suivant que les fonds supérieurs sont rustiques ou urbains (1). Car la servitude prend sa dénomination du fonds dominant (2).

402. J'en ai dit assez pour montrer sous quel point de vue cette question était envisagée par les anciens auteurs. Il est facile de voir que leurs distinctions sont sans application au droit actuel, et que l'on doit décider indistinctement que les servitudes ne sont pas susceptibles d'hypothèque, lorsqu'elles sont prises séparément du fonds dominant.

En effet, le but de l'hypothèque, d'après notre système actuel, est que la chose hypothéquée puisse être mise en vente, conformément au titre de l'expropriation forcée. Or une servitude n'est pas susceptible de saisie immobilière, elle ne peut être vendue par adjudication. Une vente par adjudication suppose que tout le monde puisse enchérir, et c'est ce qui ne saurait avoir lieu dans la vente d'une servitude; car ne pouvant avoir d'utilité que pour des fonds voisins, il n'y aurait tout au plus que quelques personnes peu nombreuses qui pourraient s'en rendre adjudicataires; de plus, elle ne pourrait être vendue qu'avec la permission du propriétaire du fonds servant; car la servitude n'est due qu'au fonds dominant seul. Si elle devenait l'apanage d'un autre fonds, ce ne serait plus la même servitude, ce serait un nouveau droit (3).

403. J'ai dit ci-dessus (4) que les droits d'usage, tels

(1) Dumoulin, n° 334.
(2) Idem, n° 333.
(3) *Suprà*, n°s 108 et 118.
(4) N° 108.

que pâturage, glandée, affouage dans les forêts, ne sont pas de nature à être grevés d'un privilége sur les immeubles. Ils ne sont pas non plus susceptibles d'hypothèque, quoiqu'ils soient droits immobiliers, et qu'ils aient par eux-mêmes une valeur indépendante; car ils manquent de ce qui fait le nerf de l'hypothèque, puisqu'ils sont inaliénables et incessibles (1). « Inutile omninò, dit Cujas, est pignus quod emptionem vel venditionem non recipit. Quò enim mihi pignus, si id distrahere non possum (2)? » On est étonné qu'une vérité si palpable ait échappé à M. Grenier, qui pense que les droits d'usage peuvent être hypothéqués (3). M. Proudhon ne s'y est pas trompé (4).

On doit dire la même chose du droit d'habitation (5).

404. Les fruits pendants par racines sont immeubles (6). Ils sont donc frappés de l'hypothèque tant qu'ils sont attachés au sol hypothéqué; c'est ce que portait expressément l'art. 3 de la loi du 9 messidor an III. Mais aussitôt qu'ils sont récoltés, ils deviennent meubles et échappent à l'hypothèque.

Quoique les fruits pendants par racines soient immeubles, il ne faut pas croire qu'ils puissent être hypothéqués sans le sol qui les porte. Car la qualification d'immeubles donnée aux fruits pendants par racines doit être restreinte aux cas de succession, et autres semblables (7). C'est ainsi que les fruits pendants sont saisis et vendus *comme objets mobiliers* par la voie de *saisie-brandon*, et le prix s'en répartit par la *voie de la distribution* (art. 635 du Code de procéd. civ.) C'est ainsi encore qu'il a été jugé que la vente d'une récolte pen-

(1) L. 11, D. *De usufr.*, art. 631 du Code Napoléon.
(2) Sur le liv. 68, *Pauli ad edict.*, loi 12, *De pignor. et hypoth.*
(3) T. 1, p. 297.
(4) Usufr., t. 6, p 13.
(5) Proudhon, t. 6, p. 59.
(6) Art. 520 du Code Napoléon.
(7) Lettre du grand juge du 11 prairial an 13. Sirey, 5, 2, 240.

dante par racines et faite avec abstraction de tout droit au sol, est une vente de choses mobilières qui, sous la loi du 11 brumaire an VII, n'avait pas besoin d'être transcrite pour être opposée à des tiers (1). Car les fruits d'un fonds ne sont censés en faire partie que lorsqu'ils sont compris dans le transport de la propriété, ou dans la saisie du corps immobilier dont ils font partie.

M. Merlin pense même que les futaies, quoiqu'immeubles à beaucoup d'égards, ne peuvent être hypothéquées sans le sol (2). Il en donne pour raison qu'elles ne peuvent être vendues que pour être coupées et séparées du sol, ce qui les rend meubles, et doit les faire assimiler à des fruits (tardifs à la vérité). En effet, si on pouvait hypothéquer une futaie sans le sol, il en résulterait, ou que jamais le propriétaire ne pourrait la faire couper, ce qui ne peut être; ou qu'en la faisant couper lorsque ses besoins l'exigeraient, il rendrait l'hypothèque inutile, et cela, sans que le créancier puisse s'en plaindre, car une futaie est faite pour être abattue; il doit s'imputer de s'être contenté d'un gage si fragile.

Au surplus, il ne faut pas confondre l'hypothèque donnée sur une futaie, avec une hypothèque donnée sur un droit de superficie. Ce dernier droit a par lui-même une valeur immobilière indépendante du sol. Il rapporte périodiquement des fruits utiles, et il survit à la récolte qui s'en fait.

Lorsque les fruits sont séparés du sol, ils sont meubles.

La jurisprudence a même décidé que les arbres, bois, taillis vendus à charge d'être coupés, sont meubles. La vente les mobilise par destination (3).

(1) Cassat., 10 vendém. an XIV. Sirey, 6, 1, 165. Dalloz, v° Choses, p. 456. Répert., v° Fruits.

(2) Rép., Hyp., p. 766, col. 1.

(3) Cassat., 26 janvier 1808. Dalloz, v° Choses, p. 457. Sirey, 9, 1, 65. Autre arrêt de la même cour du 9 août 1825. Dalloz, 26, 1, 4 et 5. V. *infrà*, n° 777, les conséquences de ceci.

M. Persil (1) pense que les futaies non aménagées, ne faisant pas partie des fruits, ne peuvent être vendues ni coupées au préjudice de celui qui a hypothèque sur le sol; mais cette opinion me paraît souffrir difficulté. Sans doute la futaie non aménagée est considérée comme un capital en réserve que le propriétaire est censé mettre de côté pour ses besoins imprévus, et l'usufruitier ne doit pas plus y toucher qu'aux capitaux et aux immeubles; mais il n'en est pas moins vrai qu'il vient un temps où ces arbres doivent être coupés, et lorsque le propriétaire les vend, il les mobilise (2). Les créanciers

(1) Rég. hyp., t. 1, p. 249.

(2) Par contre, si ce temps n'était pas venu au moment de la vente, si le propriétaire avait vendu ses bois par anticipation, la vente ne les mobiliserait pas, et affectés au créancier ayant hypothèque sur le sol, ils se trouveraient compris dans la saisie immobilière faite postérieurement à la vente. C'est ce que la Cour de cassation a jugé le 10 juin 1841, au rapport de M. Mestadier (Sirey, 41, 1, 484). Mais je regrette que la Cour ne se soit pas renfermée dans cette circonstance décisive, à mon avis, que les bois, dans l'espèce, avaient été vendus avant l'âge où ils pouvaient ou devaient être coupés. Cela seul suffisait pour justifier la décision. L'arrêt a cru devoir dire en outre et d'une manière générale que des bois vendus, mais non encore coupés, restent affectés au créancier hypothécaire et sont compris dans la saisie immobilière faite postérieurement à la vente. En cela, l'arrêt, qui, d'ailleurs, dans sa généralité, ne s'accorde pas avec ceux des 26 janvier 1808 et 9 août 1825 cités à la note précédente, me paraît sujet à la critique. Car si la saisie immobilière a, par rapport aux fruits de l'immeuble, une certaine vertu d'immobilisation, c'est seulement, comme je le dis dans ce numéro même, à partir d'une époque que le législateur a pris le soin de déterminer : avant la loi du 2 juin 1841, c'était à partir de la dénonciation au saisi ; depuis cette loi, c'est à partir de la transcription de la saisie. D'où suit que jusque-là le propriétaire a pu disposer de ses bois et les vendre ; en sorte que s'il les a vendus, non pas dans les circonstances où intervenait l'arrêt du 10 juin 1841, mais sans fraude et à l'âge où ils pouvaient être coupés, il n'aura fait en cela qu'user d'un droit légitime ; la mobilisation opérée par la vente prévaudra, et les créanciers hypothécaires saisissants n'auront pas à y contredire. Quelle que soit l'induction que l'on puisse tirer des termes trop généraux de l'arrêt précité, je m'arrête aux précédents établis par la Cour elle-même, et je crois fermement qu'il n'est pas entré dans ses vues de s'en écarter.

hypothécaires ne peuvent pas plus s'en plaindre qu'ils ne le peuvent de la vente des fruits de la récolte (1).

Lorsqu'un immeuble hypothéqué est saisi à la requête des créanciers, la saisie immobilise les fruits, et ces créanciers y ont droit dans l'ordre de leurs hypothèques (2).

Ce principe était écrit dans l'ancienne jurisprudence. Pothier (3) disait que l'ordre est le rang dans lequel le saisissant et chacun des opposants doivent être payés sur le prix de l'adjudication, et *sur les revenus perçus depuis la saisie réelle* par le commissaire.

Le Code de procédure dit en termes exprès : « Les » fruits échus depuis la dénonciation au saisi seront » immobilisés, pour être distribués avec le prix de » l'immeuble par ordre d'hypothèques (4). » On voit que c'est le même principe.

Il est encore répété dans l'art. 691 (aujourd'hui par les art. 684 et 685. Loi du 2 juin 1841). Dans le cas prévu par ce dernier article, le législateur a craint que le saisi ne fît disparaître les fruits ou loyers à son profit, au moyen de baux de complaisance qui contiendraient quittance anticipée de fermage pour toute la durée du bail (5).

Il veut par conséquent que le bail ait date certaine avant le commandement, c'est-à-dire avant que le débi-

(1) Je reviens sur cette difficulté, *infrà*, n° 834.

(2) Arrêts, Nîmes, 28 janvier 1810 (S. 14, 2, 96). Cassat., 5 novembre 1813 (S. 14, 1, 6). Cassat., 5 juillet 1827 (Dall., 27, 1, 295. Merlin, Tiers détenteur, au Répert.). *Infrà*, n°s 698 et 776 à 778 *bis*.

(3) Sur Orléans, t. 21, n°s 123, 124.

(4) M. Grenier, t. 1, n° 146. Tel était le texte de l'art. 689 du Code de procédure. Mais ce texte a été remplacé, depuis la loi du 2 juin 1841, par celui de l'art. 682 qui est ainsi conçu : « Les » fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la » *transcription*, ou le prix qui en proviendra, seront immobilisés » pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hy- » pothèque. »

(5) M. Grenier, t. 1, p. 300.

teur ne soit averti qu'on va procéder contre lui par la voie de l'expropriation. Si le bail n'a pas date certaine, les créanciers dont il lèse les droits et l'adjudicataire peuvent en demander la nullité. Si le bail a date certaine, les fruits sont immobilisés depuis la dénonciation faite au saisi (aujourd'hui, à partir de la *transcription* de la saisie, art. 685), et les créanciers y ont un droit par rang d'hypothèque (1).

404 *bis*. Les mines *concédées* sont immeubles ainsi que leurs accessoires. La loi les considère comme des propriétés spéciales, indépendantes du sol qui les couvre et susceptibles d'hypothèque par elles-mêmes. Mais d'après l'art. 7 de la loi du 11 avril 1810, les matières extraites sont meubles (2).

Il n'y a pas, dans la loi précitée, de dispositions qui fassent des *minières* et des *carrières* des propriétés *sui generis*, et indépendantes du droit de la surface. Néanmoins, rien n'empêche que le *dessous* ne soit séparé du

(1) Avant la loi du 2 juin 1841, il était nécessaire qu'une saisie-arrêt vînt frapper les loyers ou fermages, afin d'empêcher le locataire ou fermier de payer entre les mains du saisi. C'est ce qui résultait de ces expressions de l'art. 691 : *Les créanciers pourront saisir et arrêter les loyers ou fermages, et dans ce cas*, etc. A défaut de saisie-arrêt, le locataire ou fermier se libérait valablement entre les mains du saisi. C'est ce qu'enseignait M. Thomine-Demazure, Commentaire sur le Code de procédure civile, t. 2, n° 766, et cela avait été décidé par un arrêt de Caen du 16 juillet 1834 (Sirey, 35, 2, 559. D. 35, 2, 180). Aujourd'hui, il n'y a plus matière à discussion; la situation est réglée nettement par la disposition finale de l'art. 685, aux termes de laquelle : « Un » simple acte d'opposition à la requête du poursuivant ou de » tout autre créancier vaudra saisie-arrêt entre les mains des » fermiers et locataires, qui ne pourront se libérer qu'en exécution » de mandements de collocation, ou par le versement des loyers » ou fermages à la caisse des consignations; ce versement aura » lieu à leur réquisition, ou sur les simples sommations des créan» ciers. A défaut d'opposition, les payements faits au débiteur » seront valables, et celui-ci sera comptable, comme séquestre » judiciaire, des sommes qu'il aura reçues. »

(2) Loi du 21 avril 1810, art. 8 et 21. Dalloz, v° Mines, p. 38.

dessus par convention. Le droit de propriété se trouve alors scindé en deux droits secondaires, mais néanmoins immobiliers. Car le droit de *dessous* n'est pas moins immobilier que les droits qui, tels qu'emphytéose, superficie, usufruit, etc., affectent le *dessus*. Si donc un individu possède un droit à une *carrière*, à une *minière*, quoique le droit à la surface soit possédé par un autre, il aura un droit immobilier susceptible d'hypothèque. Ce droit n'est pas borné à telle ou telle exploitation, ce qui le rendrait immobilier, il est indéfini ; il survit aux exploitations successives. Il a une stabilité qui le rend évidemment susceptible d'hypothèque (1).

La Cour de cassation a cependant décidé que la vente *du droit d'exploiter* pour un temps indéfini une carrière, est une vente *mobilière*. Pour arriver à ce résultat, elle a comparé cette vente à une vente de pierres *à charge d'être extraites* et mobilisées par destination (2). C'est, à mon avis, confondre l'effet avec la cause. C'est comme si on assimilait la vente d'un usufruit à la vente des fruits destinés à être coupés ! ! ! Eh quoi ! un droit d'usage est immobilier, et un droit à une carrière ne le serait pas !

405. M. Grenier pense qu'un immeuble possédé à titre d'*emphytéose* ne peut être hypothéqué. Il se fonde sur ce que l'art. 6 de la loi de brumaire an VII indiquait la jouissance par bail emphytéotique comme susceptible d'hypothèque, et que le Code Napoléon a gardé le silence à cet égard (3).

Mais cette opinion ne doit pas être suivie. Le Code

(1) Dans les projets de réforme, on avait étendu cette règle à toutes les concessions de chemin de fer, de canaux, ponts et autres travaux d'utilité publique, faites pour vingt ans ou plus, qui ainsi étaient déclarées susceptibles d'hypothèque. V. *Suprà*, p. 11, à la note.

(2) Cassat., rejet, 19 mars 1816. Sirey, 17, 1, 7. Dalloz, Choses, p. 462, 463.

(3) T. 1, n° 145.

Napoléon soumet à l'hypothèque les biens immobiliers qui sont dans le commerce. Cette disposition est générale et embrasse tout. Or l'emphytéose est un droit immobilier qui a une assiette fixe, comme l'usufruit, et qui, bien différent du simple bail, comprend une aliénation temporaire du domaine utile. Il n'y a donc pas de raison pour décider qu'il n'est pas susceptible d'hypothèque.

A la vérité, M. Jolivet disait au conseil d'Etat dans la discussion de l'art. 2118 : « L'emphytéose n'a jamais » été susceptible d'hypothèque (1). »

Mais que penser de cette assertion en présence de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, qui mentionnait expressément le bail emphytéotique parmi les droits susceptibles d'h pothèque?

L'emphytéose est soumise aux contributions publiques (2). Et cet impôt profitait pour la jouissance des droits électoraux (3). L'emphytéote peut exercer l'action possessoire (4). Il est saisi d'un démembrement très-important du domaine. Il peut donc hypothéquer son droit (5). C'est ce qui a été jugé par la cour de Paris le 10 mai 1831 (6), confirmé par arrêt de la Cour de cassa-

(1) Conf. du Code Napoléon, t. 7, p. 165.

(2) Avis du conseil d'Etat du 2 février 1809.

(3) Favard, Législ. élec., p. 39.

(4) Arrêt de la Cour de cassat. du 26 juin 1822, Dalloz, Act. possess., p. 235 et suiv.

(5) Arg. de la loi du 8 novembre 1814, art. 15.

(6) Dalloz, 31, 2, 121. M. de Vatisménil, jadis l'une des lumières de la Cour de cassation, avait fait, dans cette cause, un mémoire qui mettait cette vérité dans tout son jour. V. encore dans le même sens, MM. Merlin, Quest., v° Emphytéose, sect. 5, n° 8; Persil, art. 2118, n° 5; Favard, v° hyp., n° 2; Proudhon, *Usufr.*, t. 1, n° 97; Duranton, t. 19, n° 268; Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3071.

Opinion contraire. Toullier, t. 3, p. 65. Delvincourt, t. 3, p. 185, note 1. Zachariæ, t. 1, § 198, n° 10. Voy. mon Commentaire du *Louage*, art. 1709 et 1711.

tion le 19 juillet 1832 (1). La question a depuis été décidée dans le même sens par arrêt de la cour de Douai du 15 déc. 1832 (2). Cette jurisprudence, j'en ai la conviction, deviendra de jour en jour plus constante (3).

On doit dire la même chose du droit de *superficie* (4).

406. Les actions qui tendent à la revendication d'un immeuble sont des droits immobiliers. « Actio tendens » ad mobile est mobilis, ad immobile est immobilis. » Mais elles ne peuvent servir d'assiette à une hypothèque.

La raison s'en fait sentir d'elle-même.

Une action est un droit incorporel sans base solide. Ce n'est pas, dit M. Tarrible (5), ce qu'on peut appeler un *bien immobilier*. Le résultat n'en est jamais certain, et souvent l'action peut ne produire que des résultats pécuniaires, comme, par exemple, l'action en rescision pour lésion, lorsque l'acquéreur se détermine à payer le juste prix.

D'ailleurs, l'hypothèque accordée à un créancier sur les actions de son débiteur n'ajouterait rien aux droits qu'il a déjà. Car il peut exercer toutes les actions de son débiteur comme s'il en était propriétaire. C'est donc beaucoup plus que si ces actions lui étaient seulement hypothéquées (6). Néanmoins M. Pigeau (7) a soutenu qu'une action immobilière peut être hypothéquée et faire l'objet d'une expropriation forcée. Mais cette opinion ne doit pas être suivie.

(1) D., 32, 1, 296. Sirey, 32, 1, 531.
(2) D., 33, 2, 195. Sirey, 33, 2, 65.
(3) On a vu plus haut, p. 11, à la note, qu'elle avait été sanctionnée par les projets de loi récemment soumis aux délibérations de l'Assemblée législative.
(4) L. 15, D. *Qui potior. Suprà*, n° 404.
(5) Hypoth., sect. 2, § 3, sect. 3, n° 5; et Expropriation forcée.
(6) Tarrible, *loc. cit.* Grenier, t. 1, p. 317, n° 152. Berriat Saint-Prix, Procéd. civil., 3e édit., t. 2, p. 506, n° 2. *Infrà*, n° 435, un exemple.
(7) T. 2, p. 207, 2e édit.

Ainsi une action en réméré, une action en revendication, une action en rescision, toutes autres actions quelconques qui tendent *ad immobile*, ne peuvent être le siége d'une hypothèque générale qui embrasse les biens présents et à venir (1).

406 *bis*. Mais du moins ne pourrait-on pas hypothéquer éventuellement l'immeuble sur lequel on a droit d'exercer une action immobilière?

Cette action se rattache à l'interprétation de l'article 2125 du Code Napoléon; nous nous en occuperons lorsque nous y serons parvenus (n° 469).

407. D'après la loi 1, au C. *Si pignus pignor.*, on pouvait établir hypothèque sur hypothèque, *etiam id quod pignori obligatum est à creditore pignori obstringi posse jamdudùm placuit* (2). De là la maxime *pignus pignori dari potest.*

On expliquait ainsi l'existence de ce droit, qui au premier coup d'œil paraît extraordinaire. On disait que chacun pouvant transférer à autrui le droit qu'il a lui-même, il n'y avait rien d'impossible à ce que le créancier hypothéquât l'hypothèque à lui appartenant, pourvu que cette seconde hypothèque n'eût d'existence que pendant l'existence de la première, et que l'arrière-créancier n'eût pas plus de droit que le premier (3).

Le second créancier pouvait exercer toutes les actions utiles du premier créancier; ainsi il pouvait exproprier ou actionner le débiteur par l'action hypothécaire utile, et si ce dernier le payait pour éviter une condamnation, l'hypothèque était purgée tant à l'égard du premier qu'à l'égard du second créancier.

(1) Ce principe a été formellement consacré par arrêt de Grenoble du 24 janvier 1835 (Dalloz, 35, 2. 92).

« Attendu, y est-il dit, que les actions, de quelque nature » qu'elles soient, ne sont pas susceptibles d'hypothèque. »

Il en est de même de la concession d'un droit de péage sur un pont. Nancy, 2 août 1847 (Sirey 48, 1, 609).

(2) Pothier, Pand., t. 1, p. 586, n° 5.

(3) Corvinus, Enarrat. sur le Code *Si pignus pignori*.

L'arrière-créancier, à qui une hypothèque avait été donnée sur une hypothèque, devait dénoncer son droit au débiteur, et après cette dénonciation c'était à lui et non au premier créancier que le payement devait être fait. Si, malgré la dénonciation, le débiteur payait au premier créancier, il s'exposait à un recours de la part du second créancier (1).

En France, on suivait aussi la maxime *pignus pignori dari potest*, et toutes les hypothèques d'un débiteur pouvaient se trouver hypothéquées à ses créanciers, par l'effet d'un acte authentique. Car on sait qu'anciennement tout acte authentique produisait hypothèque générale sur les biens présents et à venir du débiteur.

Il résultait de ce principe que les créanciers du saisissant pouvaient faire opposition en sous-ordre avant la délivrance du décret, et qu'au moyen de cette opposition ils recevaient, en place de leur débiteur saisissant, la somme pour laquelle il aurait été colloqué, chacun selon le rang d'hypothèque qu'ils avaient sur son hypothèque : c'est ce qu'on appelait le *sous-ordre* (2).

Par le Code Napoléon, les principes sont différents. On ne peut pas plus hypothéquer une hypothèque qu'on ne peut hypothéquer une action immobilière, et l'on tient pour constant qu'*hypothèque sur hypothèque n'a lieu.*

Il suit de là que les créanciers qui viennent en sous-ordre, pour prendre le montant de la collocation de leur débiteur, ne peuvent prétendre aucune préférence par hypothèque les uns sur les autres. Car l'hypothèque de leur débiteur ne leur est pas hypothéquée. La distribution doit s'en faire entre eux comme d'une chose mobilière, c'est-à-dire sans aucun égard à leurs hypothèques. Telle est la disposition de l'art. 778 du Code de procédure civile (3).

(1) Perezius, Code, *Si pignus pignori*, t. 24, liv. 8, n° 4. Favre, Code, liv. 8, t. 14, déf. 2.
(2) Pothier, Orléans, t. 21, n°s 141 et 142.
(3) M. Grenier, t. 1, n° 157.

408. Les rentes sont meubles, d'après l'art. 529, § 2, du Code Napoléon, soit qu'elles soient perpétuelles ou viagères, foncières, ou en argent, ou en denrées, soit qu'elles existent sur l'Etat (1) ou sur les particuliers; elles sont rachetables (art. 530 du Code Napoléon), elles ne sont pas susceptibles d'hypothèque. C'est aussi ce que décidait l'art. 7 de la loi du 11 brumaire an VII, ainsi conçu : « Les rentes constituées, les rentes fon» cières et les autres prestations que la loi a déclarées » rachetables, ne pourront plus, *à l'avenir*, être frappées » d'hypothèque. » Dans l'ancienne jurisprudence, au contraire, les rentes foncières étaient censées immeubles, et de même nature que l'héritage sur lequel elles étaient à prendre (2). On pouvait, par conséquent, les hypothéquer (3).

A l'égard des rentes constituées à prix d'argent, on n'était pas d'accord sur la question de savoir si elles devaient être rangées dans la classe des meubles ou des immeubles.

D'après quelques coutumes, elles étaient meubles, par la raison qu'on les envisageait comme n'étant autre chose que la créance d'autant de sommes d'argent qu'il y avait d'années à courir depuis la création de la rente jusqu'à son rachat (4).

Par d'autres coutumes, qui faisaient le droit commun, les rentes constituées à prix d'argent étaient immeubles, parce que (5) on les considérait, non pas simplement comme la créance des arrérages à courir jusqu'au rachat,

(1) Les rentes sur l'État peuvent être immobilisées pour la formation d'un majorat (Décret du 1er mars 1808). Elles sont immobilisées par la déclaration que fera le propriétaire dans la même forme que pour les transferts de rentes.

(2) Pothier, Orléans, introd. génér., n° 49.

(3) Basnage, Hyp., ch. 10. V. le *Traité des rentes foncières* de MM. Fœlix et Henrion, p. 7 et 139.

(4) Pothier, Orléans, introd. génér., n° 54.

(5) Idem, *loc. cit.*

mais comme un être moral et intellectuel, distingué par l'entendement de ces arrérages, qui étaient plutôt les fruits qu'ils n'étaient la rente même, puisque le créancier les perçoit sans entamer ni diminuer l'intégrité de la rente. Or, cet être moral avait paru, par le revenu annuel et perpétuel qu'il produisait, ressembler aux biens immeubles, et devoir être mis dans la classe de ces biens.

Dans cet ordre d'idées, il est certain que les rentes constituées étaient susceptibles d'hypothèques, de même que les rentes foncières (1).

Mais, par la loi de brumaire an VII (2), il fut décidé que toutes les rentes foncières ou constituées, créées *à l'avenir*, seraient mobilières. Ainsi elles perdirent l'aptitude à être hypothéquées. Mais la loi nouvelle ne voulut rien toucher aux rentes établies avant sa promulgation, et elle leur conserva le caractère d'immeubles et l'affectation hypothécaire qu'elles avaient auparavant, et que la loi du 29 décembre 1790 avait reconnus aux rentes foncières, tout en les déclarant rachetables. Tel est aussi le vœu de la législation actuelle (3).

Les rentes viagères étaient également considérées comme immeubles dans l'ancienne législation (4), sauf néanmoins quelques exceptions, qui n'empêchaient pas que ce ne fût le droit commun. Les raisons qu'en donne Pothier sont absolument les mêmes que celles qui faisaient décider que les rentes constituées étaient immeubles.

409. Le droit de champart (5) était immeuble dans l'ancienne législation, de même que l'usufruit. On peut en conclure qu'il était aussi susceptible d'être hypothé-

(1) Pothier, *loc. cit.*, t. 20, n° 21.
(2) Art. 7.
(3) Art. 655 du Code de procédure civile.
(4) Pothier, Orléans, introd. aux Cout., n° 55.
(5) Pothier, *loc. cit.*, n° 49. Dumoulin, sur Paris, part. 2, t. 2, n°s 2 et 3.

qué ; mais il faut dire que, depuis les lois nouvelles (1), le droit de champart est mobilier, aussi bien que toutes les prestations quelconques constituées par suite de la tradition d'un fonds (2).

410. L'art. 529 du Code Napoléon déclare meubles, par la détermination de la loi, les actions ou intérêts qu'on peut avoir dans les compagnies de finances, ou de commerce, ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent à ces compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Une société se forme pour le dessèchement de marais considérables qu'elle achète. Les intérêts de chaque sociétaire dans cette compagnie sont purement mobiliers. Il est vrai que la société est propriétaire d'immeubles. Mais aucune des personnes qui la composent n'en a divisément la propriété. Les immeubles ne sont que les accessoires de la société, et en quelque sorte les instruments de l'entreprise.

Ainsi, tant que dure la société, aucun des sociétaires ne peut hypothéquer son intérêt dans la compagnie (3).

Mais aussitôt qu'elle est dissoute, et que les droits de chacun sont fixés par le partage, nul doute que chacun des associés ne puisse hypothéquer la portion qui lui est échue sur les immeubles (4).

(1) Loi de brumaire an VII, art. et 42. Art. 530, Code Napoléon.

(2) M. Grenier, t. 1, n° 162.

(3) Douai, 27 novembre 1839 (Sirey, 40, 2, 206). Le même arrêt décide, du reste, qu'il en est autrement tant que la société n'a pas d'existence légale : spécialement, une société par actions n'ayant d'existence légale que du moment où il a été émis une ou plusieurs actions, il y a lieu de valider, même à l'égard des actionnaires, la constitution d'hypothèque consentie par le créateur d'une société de ce genre, au profit d'un tiers, avant qu'aucune action ait été émise sur un immeuble qui lui appartenait, et dont il avait déclaré, dans l'acte social, transférer la propriété à la société.

(1) V. Cassat., 8 février 1847 (Sirey, 48, 1, 149).

On peut, au surplus, consulter sur cette matière un arrêt de la cour de Toulouse, du 31 juillet 1820, motivé d'une manière remarquable (1), et un arrêt de la Cour de cassation, du 14 avril 1824 (2). On doit rejeter un arrêt de la cour de Paris du 17 février 1809, qui attribue un caractère immobilier aux actions dont il s'agit (3).

411. Les actions de la banque de France sont l'objet de dispositions particulières contenues dans l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808.

« Les actionnaires qui veulent donner à leurs actions » la qualité d'immeubles en ont la faculté ; et, dans ce » cas, ils en font la déclaration dans la forme prescrite » pour les transferts. Cette déclaration une fois inscrite » sur les registres, les actions immobilières resteront » soumises au Code Napoléon et aux lois de priviléges » et d'hypothèques, comme les propriétés foncières; elles » ne pourront être aliénées, et les priviléges et les hypo- » thèques être purgés qu'en se conformant au même » Code et aux lois relatives aux priviléges et hypothè- » ques sur les propriétés foncières (4). »

412. Les choses immobilières qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent être hypothéquées.

Telles sont les choses consacrées à Dieu, par exemple, les églises, les cimetières, etc.

Tels sont encore les fleuves et rivières, les ports, les rues, quais, places, fontaines, chemins publics, le rivage de la mer, etc. (5).

Mais les établissements qui sont formés sur les rivages de la mer par concession du gouvernement, tels que

(1) Dalloz, Hypoth., p. 143, 144. Grenier, t. 1, n° 163, p. 343.
(2) Dalloz, Choses, p. 479.
(3) Idem, p. 478.
(4) Dalloz, Hyp., p. 121, n° 12.
(5) Voyez les développements auxquels je me suis livré sur l'art. 2227 du Code Napoléon, dans mon Commentaire de la *Prescription*.

pêcheries, salines, etc., peuvent entrer dans le commerce.

Ainsi, la cour de Caen a jugé, par un arrêt du 3 août 1824 (1), qu'une pêcherie établie par tolérance du roi, sur le rivage de la mer, constitue, au profit de celui qui l'a formée, ou de ses héritiers, un droit immobilier dont il a la jouissance exclusive, et qui, bien que résoluble au gré du gouvernement, est susceptible d'être grevé de l'hypothèque légale de la femme du concessionnaire.

413. Il est des choses qui ne peuvent être hypothéquées par suite d'une impossibilité relative. Tels sont les biens communaux, les biens dotaux, etc. Un particulier ne peut non plus hypothéquer au delà de sa part les biens qu'il possède par indivis avec d'autres. Mais ceci rentre plutôt dans ce qui tient de l'incapacité où sont certaines personnes de concéder hypothèque : j'en ferai la matière de mes réflexions lorsque je parlerai des personnes qui peuvent hypothéquer.

On ne peut non plus acquérir hypothèque sur les biens composant une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou laissée vacante (*infrà*, art. 2146).

Je parlerai aussi, n° 459 *bis*, de la question de savoir si un créancier chirographaire, à la mort de son débiteur, peut devenir créancier hypothécaire de la succession.

413 *bis*. Peut-on hypothéquer un immeuble soumis à une expropriation forcée dont la dénonciation a été faite au saisi, d'après l'art. 681 du Code de procédure civile?

L'art. 692 du Code de procédure civile (aujourd'hui art. 686), porte ce qui suit : « La partie saisie ne peut, » à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la » saisie (aujourd'hui à partir de la *transcription* de la » saisie), *aliéner* les immeubles, à peine de nullité, et » sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. »

(2) D. 26, 2, 124.

M. Carré, interprétant le mot *aliéner* dans le sens le plus large en droit, dit qu'en interdisant la faculté d'aliéner, le Code de procédure civile a aussi prohibé la faculté d'hypothéquer. Car l'hypothèque est aussi une aliénation.

Mais cette opinion est combatue par MM. Pigeau (1), Tarrible (2) et Grenier (3). Ces auteurs pensent que, malgré la saisie, le débiteur conserve le droit d'hypothéquer, parce que la saisie ne détruit par le droit de propriété de ce débiteur, mais apporte seulement quelques modifications à ce droit.

Je crois cette opinion préférable. En effet, qu'a voulu la loi en interdisant l'aliénation après la transcription? Elle a voulu que le débiteur ne pût paralyser la saisie par une vente, et entraver la marche de la procédure (4).

Mais l'hypothèque ne produit aucun embarras de ce genre. Elle ne fait qu'augmenter le nombre des créanciers ayant droit sur le prix. Les créanciers hypothécaires inscrits ne peuvent s'en plaindre. Leur droit reste le même : la préférence leur est toujours assurée. A l'égard des créanciers chirographaires, leur condition est aussi la même. Ils n'avaient droit, avant la nouvelle hypothèque, qu'à venir par contribution, toutes hypothèques créées ou à créer préalablement payées. Pourquoi la saisie empêcherait-elle le débiteur d'user du droit de constituer sur ses biens autant d'hypothèques qu'il lui plaît? La preuve que la prohibition d'aliéner ne concerne pas ces nouvelles hypothèques, c'est que, d'après les art. 686 et suiv. du Code de procédure civile, la vente de l'objet saisi est valable, même après la transcription, pourvu que les créanciers inscrits soient

(1) T. 2, p. 219.
(2) Rép., Saisie immob., § 6, art. 1, n° 14.
(3) T. 1, n° 111, p. 225.
(4) Pigeau, t. 2, p. 227, n° 7.

payés. L'art. 688 décide de plus que ceux qui auront prêté les fonds pour acheter cet immeuble, ainsi engagé dans les liens d'une expropriation, auront hypothèque après les créanciers inscrits. Donc la saisie n'est pas un obstacle à la constitution d'hypothèques valables (1).

ARTICLE 2119.

Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

SOMMAIRE.

414. Renvoi. Le droit de suite est celui qui permet d'inquiéter un tiers acquéreur. En fait de meubles, ce droit n'existe pas. Exception pour le privilége du locateur.

414 *bis*. Meubles qui sont immeubles par destination. Le droit de suite se perd à leur égard quand ils changent de destination. On ne peut les suivre en mains tierces qu'avec le fonds dont ils sont des dépendances.

415. Le droit de préférence peut avoir lieu sur les meubles, quoique le droit de suite n'y ait pas lieu. Ce sont deux droits distincts. Erreur de ceux qui croient que le droit de préférence est toujours le corollaire du droit de suite.

COMMENTAIRE.

414. J'ai déjà parlé du droit de suite aux n°s 396 et 397.

(1) Aujourd'hui cette solution pourrait d'autant moins être contestée que lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, un amendement avait été proposé par M. Lherbette pour dire le contraire. Après le rejet de cet amendement, un des membres de la chambre des députés ayant dit : « Il est bien entendu que le saisi aura toujours le droit de consentir hypothèque, » M. le président de la Chambre répondit : « La Chambre a rejeté un amendement » qui disait le contraire. » V. Chauveau sur Carré, t. 5, p. 171. Aussi la solution ne fait-elle plus difficulté, surtout depuis le vote de la loi du 2 juin 1841. V. MM. Paignon, t. 1, p. 98, n° 43 ; Persil fils, Comm., p. 131 ; Chauveau sur Carré, Quest., 2295, t. 5, p. 502.

Notre article n'est que la répétition de cette vieille maxime du droit français : « Meuble n'a pas de suite par » hypothèque (1). »

La conséquence de cette règle est que l'acquéreur d'un meuble ne peut être hypothécairement inquiété.

Il n'y a d'exception à cela que pour le cas où le locataire dégarnit la maison louée (2) ; alors le locateur peut exercer la revendication dans le délai de quinzaine, s'il s'agit de meubles garnissant une maison, et pendant quarante jours s'il s'agit du mobilier d'une ferme. Et encore s'agit-il ici d'un privilége.

Hors ce cas, les meubles ne peuvent être poursuivis par droit de suite hypothécaire dans les mains des tiers.

414 *bis*. Nous avons vu ci-dessus (3) qu'il y a des meubles qui, placés par fiction dans la classe des immeubles, peuvent être hypothéqués avec le fonds dont ils sont l'accessoire. Mais s'ils viennent à être mis en gage ou vendus séparément de ce fonds, ils reprennent leur caractère de meubles, et, une fois aliénés, ils n'ont plus de suite par hypothèque. L'acquéreur ne pourrait être poursuivi en délaissement (4).

Il suit de là que le droit de suite ne peut s'exercer sur ces immeubles fictifs qu'avec l'immeuble auquel ils sont attachés. Mais s'ils sont possédés par un tiers détenteur sans l'immeuble dont ils sont l'accessoire, ils perdent leur qualité d'immeubles : ils ne sont plus que des meubles à l'abri du droit de suite (5).

(1) Loyseau, Off., liv. 3, chap. 5, n° 22. Cout. de Paris, art. 170. *Suprà*, n° 395. V. mon Comm. de la *Prescription*, art. 2279.

(2) Art. 2102 du Code Napoléon, et 819 du Code de procédure civile. *Suprà*, n° 161. Pothier, Orléans, art. 447, p. 871, éd. Dupin. V. aussi le 2e § de l'art. 2279.

(3) N° 399.

(4) *Suprà*, n° 399, Dalloz, Hyp., p. 120, n° 7.

(5) Voir *suprà*, nos 113 et suiv. Voir aussi un arrêt de Paris du 29 février 1836 (Sirey, 36, 2, 349). La décision doit être approuvée au fond ; les objets immeubles par destination n'ayant pas été détachés de l'édifice, les créanciers hypothécaires avaient

415. Les meubles sont exempts du droit de suite, comme nous venons de le voir; mais le prix qui les représente peut être affecté par certaines causes de préférence, ainsi que je l'ai dit en parlant des priviléges sur les meubles. Il suit de là que le droit de préférence est tout à fait séparé du droit de suite; et rien n'empêche que le droit de préférence n'ait lieu, quand le droit de suite n'existe pas. C'est une vérité à laquelle il faut faire une grande attention : car j'ai vu beaucoup de personnes qui, faute d'avoir bien réfléchi sur l'ensemble de nos lois hypothécaires, étaient imbues de l'opinion que le droit de préférence est l'accessoire inséparable du droit de suite. C'est une erreur féconde en conséquences funestes, et contre laquelle on ne saurait trop s'élever (1).

Article 2120.

Il n'est rien innové par le présent Code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer.

SOMMAIRE.

415 *bis*. Renvoi. Les navires sont meubles. La saisie des bâtiments de mer, la distribution, etc., ne peuvent se faire que devant les tribunaux civils. Raison de cela.

COMMENTAIRE.

415. *bis*. Mon objet n'est pas de m'étendre sur la législation qui concerne les navires et autres bâtiments de

conservé le droit de suite; mais les motifs du tribunal de première instance, approuvés par la cour, me paraissent susceptibles de critique.

(1) V. nos 95 *bis*, 280, 281, 315 *bis*, 316, 327 *bis*, 374.

mer, parce que cette matière tient au Code de commerce, sur le domaine duquel je ne veux pas anticiper dans ce Commentaire.

Je me borne à dire que, d'après l'ancienne législation comme d'après la nouvelle, les navires et autres bâtiments de mer sont meubles (1).

J'ajoute que la saisie de bâtiments de mer est soumise à des formalités particulières, tracées par les art. 197 et suiv. du Code de commerce, et que d'après un avis du conseil d'État du 17 mai 1809, la procédure, la vente et la distribution doivent se faire devant le tribunal civil et non devant le tribunal de commerce. En effet, les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. D'ailleurs le ministère des avoués y est interdit, et cependant la saisie d'un navire ne peut s'opérer sans un avoué (art. 204 du Code de commerce).

SECTION Ire.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES (2).

Article 2121.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont,

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari;

(1) Brodeau, Paris, art. 140. Ferrières, idem, n° 14. Valin, t. 1, p. 601. Art. 190 du Code de commerce.

(2) L'hypothèque légale, après avoir été l'objet de très-vives attaques, soit dans son caractère d'hypothèque occulte, soit même dans son principe, avait fini par triompher de toutes ces attaques, et avait été maintenue définitivement telle qu'elle est établie par le Code Napoléon, dans tous les projets de réforme qui ont été préparés ou discutés en France, depuis l'année 1841. V. ce que je dis, à cet égard, à la préface, p. XVII, à la note.

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur;

Ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

SOMMAIRE.

416. Définition de l'hypothèque légale. Son caractère. Fiction qu'elle contient.
417. Hypothèque légale *des dots*. Son origine dans le droit romain. Son étendue.
418. La femme a hypothèque légale pour ses *paraphernaux*. Erreur de M. Planel et de quelques arrêts. Autre erreur de M. Grenier.
418 *bis*. Les aliments dûs à la femme n'ont pas d'hypothèque.
418 *ter*. Les intérêts et fruits de la dot, ainsi que les dépens pour séparation, sont protégés par l'hypothèque légale.
419. Renvoi pour autres points qui se rattachent à l'hypothèque légale des femmes.
420. Hypothèque légale des mineurs et interdits. Son origine.
421. Le mineur a aussi hypothèque légale sur celui qui gère *pro tutore*. Erreur de M. Grenier.
421 *bis*. Espèce décidée par la Cour de cassation pour un père qui avait administré les biens de son fils *émancipé*. *Quid* du père tuteur?
422. Il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens des subrogés tuteurs.
423. Ni sur ceux des curateurs.
424. Le père qui administre *durant le mariage* les biens de son fils mineur, n'est pas tuteur, et n'est pas soumis à l'hypothèque légale. Dissentiment avec un arrêt de Toulouse.
425. Le tuteur officieux est assimilé au tuteur.
426. De la mère qui se remarie sans avoir pourvu à la nomination d'un nouveau tuteur, et de son second époux. Etendue de leur responsabilité. Application de la maxime : *Qui épouse la veuve, épouse la tutelle.*
427. Objets pour lesquels le mineur a hypothèque sur les biens du tuteur.
428. De quel jour date l'hypothèque légale des mineurs?
429. Des tutelles déférées en pays étrangers. Avis opposés de M. de Lamoignon et de M. Grenier. Résolution qu'il y a hypothèque légale. De plus, l'étranger dont la tutelle a

COMMENTAIRE.

416. L'hypothèque légale, dit l'art. 2117 du Code Napoléon, est celle qui résulte de la loi. Elle n'a pas besoin de convention pour être établie.

On peut voir sous le titre du Digeste, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacitè constituitur*, les causes assez nombreuses pour lesquelles les lois romaines donnaient une hypothèque tacite. Neguzantius en a compté jusqu'à vingt-six (1). Dans notre législation, plusieurs de ces causes sont classées parmi les priviléges.

Lorsque la loi donne une hypothèque légale, elle feint qu'il y a eu paction et convention de la part des parties contractantes. Elle veut que l'hypothèque existe de même que si elle eût été stipulée; et même, comme la cause qui détermine la loi à sous-entendre cette hypothèque est très-favorable, elle lui donne plus d'étendue et plus de privilége qu'aux hypothèques conventionnelles. « Lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perindè ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem partium (2). »

(1) Part. 2, memb. 4.
(2) Neguz., 1, memb. 4, n° 11. Application de ceci. *Infrà*, n° 580.

417. La première cause pour laquelle la loi donne hypothèque légale est celle des dots, conventions et apports matrimoniaux des femmes mariées sous le régime dotal, ou sous le régime de la communauté.

D'après l'ancien droit romain (*antiquas leges*), les femmes n'avaient qu'un privilége personnel pour être préférées, pour leur dot, aux créanciers antérieurs de leur mari. C'est Justinien qui nous l'apprend dans la fameuse loi *Assiduis*, C. *Qui potior*.

Si elles désiraient une hypothèque, elles étaient obligées de la stipuler.

Justinien voulut suppléer à cette insuffisance des anciennes lois par la loi 1re au Code, *De rei uxoriæ actione*. Il donna à la femme une hypothèque tacite sur les biens de son mari pour la restitution de sa dot. Il alla plus loin ; il voulut que cette hypothèque fût tellement privilégiée, qu'elle assurât préférence sur tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs en date et privilégiés. C'est ce que portent et la loi *Assiduis* et la Novelle 97, C. 2 (1).

Doneau (2), et Vinnius, son abréviateur (3), blâment avec raison Justinien d'avoir donné préférence à la femme sur des créanciers antérieurs à elle en hypothèque. C'est, en effet, une grande injustice de priver un créancier vigilant d'un droit qu'il a eu le soin de se conserver. L'art. 1572 du Code Napoléon a dérogé à la loi *Assiduis*. Il dit que la femme n'a pas de privilége sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. En cela, il n'a fait que céder à l'improbation qui s'élevait de toutes parts contre la loi romaine, et qui l'avait fait rejeter presque généralement en France. Car je crois

(1) Pand. de Pothier, t. 2, p. 72, n° 79, et t. 1, p. 573, n° 29. Cujas, *De jure dotium*, au Code, et loi uniq. C. *De rei uxor. act.*, § *Et ut pleniùs*. Perez, sur ces titres, Voët, lib. 20, t. 2, n° 20. Fachin, Controv., lib. 3, c. 49. *Infrà*, nos 613 et 615.

(2) Sur la loi dernière, C. *Qui potior*.

(3) *Partit. juris.*, lib. 2, c. 25.

qu'elle n'était guère suivie qu'au parlement de Toulouse, et encore, avec des modifications rapportées par Serres (1).

On voit même, par la lecture des commentateurs du droit romain, que plusieurs d'entre eux, révoltés de l'injustice de cette loi, avaient cherché, par des subtilités et des limitations contraires à son texte, à la restreindre, contre la volonté précise de Justinien (2).

Mais, s'il était juste de repousser l'exagération dans laquelle Justinien s'était laissé entraîner, il n'était pas moins nécessaire d'adopter la disposition pleine de sagesse qui conférait aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leurs époux pour la sûreté de leurs apports matrimoniaux. Aussi la loi unique C. *De rei uxor. act.* fut-elle adoptée sans exception en France par la législation qui précéda le Code Napoléon. L'article 2121 l'a sanctionnée (3).

Il s'applique autant aux femmes mariées sous le régime de la communauté qu'aux femmes mariées sous le régime dotal.

418. Je vais expliquer maintenant quels sont les droits de la femme qui jouissent de l'hypothèque légale.

Par le droit romain, qui ne connaissait que le régime dotal, la femme avait hypothèque tacite non-seulement pour sa dot, mais encore pour son augment de dot, pour sa donation *propter nuptias* (4) et ses biens paraphernaux (5).

(1) P. 559. V. D'Olive, liv. 3, ch. 25 et 26.

(2) Fachin., Controv., lib. 3, c. 49. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 16.

(3) Suivant Voët, les femmes mariées n'ont pas d'hypothèque légale en Hollande (lib. 20, t. 2, n° 20). La loi du 11 brumaire an VII reconnaissait aux femmes une hypothèque légale (art. 4), mais à charge d'inscription. Voyez, au surplus, l'analyse de quelques législations étrangères dans la préface de cet ouvrage.

(4) Perez, lib. 5, t. 12, n° 20.

(5) L. *Si mulier*, dernière, C. *De pactis conventis*. Favre, C., lib. 5, t. 8, déf. 23. Voët, liv. 20, t. 2, n° 20. Cujas, Code. *De jure dotium*.

Mais elle n'avait d'hypothèque privilégiée, c'est-à-dire de préférence sur les créanciers antérieurs, que pour sa dot seulement. Elle n'en avait pas pour son augment de dot fait en meubles, pour sa donation *propter nuptias* et pour ses paraphernaux (1). On craignait les fraudes à l'égard des tiers.

Suivant le Code Napoléon, la femme commune en biens ou mariée sous le régime dotal, ou séparée, n'a pas d'hypothèque privilégiée, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure. Elle n'a qu'une simple hypothèque tacite (article 1572). Mais cette hypothèque s'étend à tous ses apports matrimoniaux, à tous ses droits et reprises, à ses gains nuptiaux (2) et à ses paraphernaux (3); et elle peut s'en prévaloir, quelle que soit la position que lui fait son contrat de mariage, fût-elle même séparée de

(1) Cujas, Nov. 97. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 16. Bretonnier, sur Henrys, chap. 6, 9, 34. Voët, lib. 20, t. 4. n° 21. Nov. 97 et loi fin. C. *Qui potior*. Pothier, Pand., t. 1, 573, n° 29. *Infrà*, 592.

(2) Et même aux dommages intérêts résultant de ce que le mari aurait négligé de faire transcrire la donation de certains de ses biens qu'il aurait faite par son contrat de mariage à sa femme. Cass., 10 mars 1840 (Sirey, 40, 1, 217). Angers, 10 mars 1841 (Sirey, 41, 2, 187).

(3) Mais assure-t-elle pour la femme commune en biens, même sa part dans les biens de la communauté? La jurisprudence semble fixée dans le sens de la négative. Jugé que la femme n'a pas d'hypothèque légale pour sa part dans les biens de la communauté; qu'elle a seulement sur ces biens un privilége de copartageant assimilé à celui accordé au cohéritier sur les biens de la succession et soumis pour sa conservation aux mêmes règles, Paris, 3 décembre 1836 (Sirey, 37, 2, 273). Cass., 15 juin 1842 (Sirey, 42, 1, 1, 631), et qu'il en est de même à l'égard de la part de la femme dans une société d'acquêts formée entre elle et son mari. Bordeaux, 2 mars 1848 (Sirey, 48, 2, 349). Du reste, la question diffère essentiellement de celle de savoir si la femme commune peut agir hypothécairement, même sur les conquêts de communauté, pour l'exercice des droits qui lui sont assurés par une hypothèque légale. Je traite cette question *infrà*, n° 433 *ter*.

biens (1). C'est ce qui résulte des expressions générales employées par la loi.

La même étendue se trouvait dans la loi du 11 brumaire an VII, qui se servait de ces mots : « *pour raison* » *de leurs conventions et droits matrimoniaux* (2). »

Ceci posé, on sent qu'on ne peut pas tomber dans une erreur plus grave que M. Planel, professeur de droit à Grenoble, qui a avancé, dans une dissertation (3), que, par le Code Napoléon, la femme n'a pas d'hypothèque légale pour la répétition de ses biens extra-dotaux. Comment peut-on soutenir une telle opinion en présence de notre article, qui attribue l'hypothèque légale *aux droits créances* des femmes ? Est-ce que les répétitions extra-dotales ne constituent pas une *créance* au profit de la femme ? Et où voit-on que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu modifier en ce point l'ancienne jurisprudence, basée sur les lois romaines (4) ? Au surplus, les arrêts ne laissent plus de doute à cet égard (5), et l'on devrait s'abstenir de proposer à l'avenir une pareille difficulté.

Ainsi donc, si le mari a eu la jouissance des para-

(1) Arrêt de la cour de Colmar du 19 août 1834 (Recueil des arrêts de cette cour, 1834, p. 229). C'est à tort qu'on m'a prêté une opinion contraire dans la discussion qui a précédé cet arrêt. Tout ce que j'ai dit, dans la première édition de cet ouvrage, de l'hypothèque légale de la femme, notamment en ce qui concerne les paraphernaux, prouve bien clairement que je n'ai jamais entendu refuser à la femme séparée une garantie dont aucune loi ne lui enlève le bénéfice.

(2) Art. 21.

(3) Sirey, 19, 2, 89.

(4) Répert., sect. 2, § 3, art. 4, n° 3. Grenier, t. 1, n° 232. Persil, Quest., p. 228. Dalloz, Hyp., p. 134, n° 9.

(5) Riom, 5 février, 1821. Cassat., 11 juin 1822 (Dalloz, Hyp., p. 138). 6 juin 1826 (Dalloz, 26, 1, 296). 28 juillet 1828 (Dalloz, 28, 1, 354). 5 décembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 246). Grenoble, 30 mai 1834 (Sirey, 34, 2, 478). Bordeaux, 20 juin 1835 (Dalloz, 36, 2, 48).

Je reviens sur cette question, *infrà*, n° 575.

phernaux de sa femme pendant le mariage, celle-ci aura une hypothèque générale sur les biens du premier pour leur restitution.

M. Grenier (1) veut que cette hypothèque n'ait lieu que pour les *capitaux* et non pour les intérêts et fruits extra-dotaux. Il se fonde sur la loi *Si mulier* 2, C. *De part. convent.*, qui a étendu aux paraphernaux l'hypothèque de la dot, et qui ne parle que du sort principal et non des intérêts. M. Grenier s'appuie aussi de l'article 1577 du Code Napoléon, portant que si le mari a procuration de sa femme pour administrer, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire.

Je crois que les conséquences que M. Grenier tire de ces autorités sont forcées. La loi *Si mulier* ne me paraît pas avoir un sens limitatif : si elle ne donne pas d'hypothèque pour les intérêts, si elle paraît ne couvrir de cette garantie que le principal, *pecunias sortis*, c'est parce qu'elle suppose que le mari n'en est pas débiteur, et qu'il a usé du droit de les employer pour l'utilité commune des époux : « *et usuras quidem eorum circà se et* » *uxorem expendere* (2). »

Quant à l'art. 1577 du Code Napoléon, voici ce qu'il porte : « Si la femme donne sa procuration au mari » pour administrer ses biens paraphernaux, *avec charge* » *de lui rendre compte des fruits*, il sera tenu vis-à-vis » d'elle *comme tout mandataire.* »

Quel est le but de cet article? Est-ce de déclarer que, de même qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour le compte de sa gestion, de même il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mari pour ce qu'il doit de l'administration des paraphernaux ?

Point du tout ! Car, avec un tel raisonnement, il fau-

(1) T. 1, n° 232. M. Dalloz adopte la même opinion par d'autres motifs.

(2) Voyez l'hypothèse posée par l'art. 1578 du Code Napoléon.

drait aller jusqu'à dire que le mari n'est pas soumis à l'hypothèque légale, même pour la restitution du capital paraphernal. Il le faudrait, dis-je, parce que l'art. 1577 assimile le mari au mandataire, et qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour la restitution du sort principal. Or, cette conséquence dépasse les vues de M. Grenier; elle nous mène hors de la saine intelligence de la loi.

Qu'a donc voulu dire l'art. 1577? Il a voulu dire qu'outre la restitution du principal, le mari devrait les intérêts dans les limites de l'art. 1996 du Code Napoléon, c'est-à-dire qu'il devrait l'intérêt des sommes employées à son usage, *à dater de cet emploi*, et celui des sommes dont il est reliquataire, *à compter de la demeure;* car c'est ainsi que le mandataire est tenu. En un mot, c'est une règle pour le délai et le compte des intérêts que l'art. 1577 a voulu donner.

Mais cela fait, rien n'empêche que le mari ne reste astreint aux obligations qui pèsent sur lui en cette qualité. L'art. 1577 le soumet à l'action *mandati;* notre article le soumet à l'action *hypothécaire.* Il n'y a pas là de contradiction entre ces deux articles. Ils donnent à la femme deux moyens au lieu d'un, et, à mon avis, ils se concilient si parfaitement, que je crois avec fermeté qu'il ne faut rien restreindre du sens du mot *créances* employé par notre article (1).

418 *bis.* On agitait, parmi les interprètes du droit romain, la question de savoir si les aliments étaient tacitement hypothéqués, de même que la dot. Une opinion très-répandue soutenait l'affirmative, parce que, disait-on, les aliments sont les intérêts de la dot.

Mais Fachinée (2) repousse ce système « *ut somnia* » *vigilantium.* » Aucune loi ne donne d'hypothèque à la

(1) La cour de Montpellier s'est prononcée en ce sens par arrêt du 27 avril 1846 (Sirey, 47, 2, 459). V. aussi M. Seriziat, Rég. dot., n° 353. V. cependant Aix, 19 août 1813 (Sirey, 14. 2, 239).
(2) Controv., lib. 12, c. 33.

femme pour aliments dûs par son mari. D'ailleurs il est faux de dire que les aliments soient les fruits de la dot. Les aliments sont une charge *personnelle* du mari, qui en doit à sa femme quand même il n'aurait pas reçu de dot (1).

418 *ter*. Quant aux intérêts ou fruits de la dot, comme ils suivent le sort principal, ils doivent avoir hypothèque légale du jour où ils ont couru. Ce point n'est pas contesté (2).

M. Grenier pense même que l'hypothèque légale de la femme a lieu pour les dépens qu'elle a faits sur sa demande en séparation, et il s'autorise d'un arrêt de la cour de Riom, qu'il préside, du 4 mars 1822 (3). La cour de Douai a rendu un arrêt conforme le 1er avril 1826 (4). Cependant il existe un arrêt rendu en sens

(1) Perezius, sur le C. *De rei uxor. act.* Surdus, *De alimentis*, t. 8, privilég. 49.—Je trouve cependant un arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1838 (*J. P.*, 1838, t. 2, p. 242), dans lequel il est dit que les aliments de la femme, son habitation et son deuil pendant l'année qui suit le décès de son mari, et les intérêts de la dot à partir de l'expiration de cette année, sont des conventions matrimoniales qui emportent hypothèque légale. Mais il est à remarquer que la question ne s'élevait pas seulement à l'occasion des *aliments ;* elle embrassait de plus non-seulement l'habitation et le deuil, mais encore les *intérêts* de la dot qui, eux, ont hypothèque légale, comme je le dis au numéro suivant. En sorte que la Cour de cassation, qui avait à statuer à l'occasion de ces divers objets en bloc, a pu, sans y songer beaucoup, communiquer aux aliments les avantages qui appartiennent aux intérêts. La solution eût-elle été la même si les aliments eussent été spécialement et isolément en question? Je crois pouvoir en douter.

(2) Et il a été jugé que la femme doit être colloquée, pour ses intérêts, pour tous ceux qui lui sont dûs, au même rang que pour son capital, et non pas seulement pour deux années et l'année courante. Bordeaux, 10 août 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 153).

(3) T. 1, p. 495, n° 231.

(4) Sirey, 27, 2, 40. Dalloz, 27, 2, 42. Autres arrêts conformes, Paris, 28 décembre 1822 (Dalloz, Hyp., p. 165, 166). Caen, 25 novembre 1824 (Dalloz, Hyp., p. 129, note 1).

contraire, le 12 mars 1817, par la cour de Rouen (1). Je crois les premières décisions préférables (2). Si le privilége de la dot ne s'étendait pas aux frais faits pour la mettre en sûreté, les précautions prises par le législateur seraient facilement éludées.

419. Pour compléter ce qui tient à l'hypothèque légale des femmes, je renvoie à ce que je dirai ci-après : 1° pour l'inscription, sur l'art. 2135 ; 2° pour l'époque où l'hypothèque prend son existence, même article; 3° pour les biens qu'elle frappe, sur l'art. 2122 ; 4° pour la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, et la subrogation qu'elle pourrait consentir, sur les art. 2140 et suiv. ; 5° pour la forme et la qualité du contrat de mariage, et s'il doit être fait en France, art. 2128 et n° 429.

420. La seconde cause pour laquelle la loi donne hypothèque est celle des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur.

Cette hypothèque légale existait aussi par le droit romain à l'égard des mineurs.

« Pro officio administrationis tutoris vel curatoris, » bona, si debitores existant, tanquam *pignoris titulo* » obligata, minores sibimet vindicare minimè prohi- » bentur (3). »

C'était cependant une grande contestation entre les jurisconsultes que de savoir si cette loi, qui est de Constantin, est introductive d'un droit nouveau, ou bien si elle ne fait que confirmer un droit ancien. Je renvoie pour cette difficulté, qui tient à l'histoire du droit, à ce

(1) Sirey, 17, 2, 170.

(2) Le principe en a été étendu aux dépens auxquels le mari a été condamné sur une demande intentée par la femme à l'effet d'obtenir de la justice l'autorisation de plaider à défaut de l'autorition maritale. Agen, 15 novembre 1847 (Sirey, 48, 2, 681). Au surplus, je reviens sur le rang des dépens en thèse générale, *infrà*, n° 702 *bis*.

(3) L. 20, C. *De adm. tutor*. Pothier, Pand., t. 1, p. 563, n° 3.

qu'en ont dit Balduinus (1) et Jacques Godefroy (2). Je me contente de dire que Voët pense que par le droit des Pandectes, les pupilles n'avaient sur les biens de leurs tuteurs qu'un privilége *inter personales* (3).

A l'égard des interdits pour cause de fureur, de démence, etc., on voit bien qu'ils avaient un privilége *in personalibus actionibus*, ainsi que cela résulte des lois 29, § 1, 20, 21, 22, D. *De reb. auct. jud. possid.* (4).

Mais il n'est pas aussi clair qu'ils eussent une hypothèque légale. Car aucun texte n'en fait mention.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence française, assimilant les uns avec les autres les mineurs et les interdits, leur a toujours accordé l'hypothèque légale sans distinction, telle qu'elle est aujourd'hui constituée (5).

421. Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait communément que le mineur avait hypothèque légale, non-seulement sur les biens de celui qui était réellement tuteur, mais encore de celui qui, sans être tuteur, en faisait les fonctions, soit qu'il s'en chargeât volontairement, soit que, par erreur, il crût être tuteur. C'est ce qu'on appelait *protuteur* suivant la définition de la loi 1, § 1, D. *De eo qui pro tutore*, portant : « Pro tutore au- » tem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re » impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, » fingit tamen esse. »

La glose sur la loi 20, C. *De adm. tutor.* avait été la première à proposer l'opinion que l'hypothèque légale du mineur devait avoir lieu sur les biens du *protuteur*.

(1) Comm. 2, *De legib. Const.*
(2) Sur la loi 1, C. *Theod. de adm. tutor.*
(3) *Ad Pandect.*, lib. 20, t. 2, n° 19.
(4) Poth., Pand., t. 3, p. 185, n° 30.
(5) Basnage, Hyp., ch. 6. Et l'hypothèque de l'interdit s'applique non-seulement au cas d'interdiction pour cause de démence, mais encore au cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation à certaines peines afflictives et infamantes, aux termes de l'art. 29 C. pén. Pau, 19 août 1850 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 467).

Quoique les lois qu'elle alléguait ne parlassent nullement de cette extension, et ne se rapportassent qu'à l'action personnelle privilégiée (1), néanmoins, on se rangea généralement à cette opinion, par la raison que celui qui a pris faussement le titre et les fonctions de tuteur ne doit pas être de meilleure condition que celui qui a réellement cette qualité (2).

Cette doctrine doit-elle être suivie sous le Code Napoléon.

Je dois faire remarquer que le Code, qui se sert (3) du terme *protuteur*, l'emploie dans un sens tout à fait différent de celui que lui donne la loi romaine. Le protuteur, dont parle l'art. 417, remplit un véritable office public que la loi lui délègue. Il est tuteur dans toute l'étendue du terme pour les biens situés aux colonies. Il est donc certain que ce protuteur est soumis à l'hypothèque légale.

Mais le protuteur dont s'occupent les lois romaines (4) n'est pas tuteur de droit; il gère à la vérité, mais il lui manque la qualité et le pouvoir déféré par l'autorité publique. C'est une personne privée qui s'ingère dans une administration qui ne le concerne pas.

M. Grenier pense (5) que l'on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque légale, et l'on peut dire en faveur de son opinion que le Code, ne faisant mention que du tuteur, entend parler de celui qui a été investi d'un titre légal, et exclut par conséquent le protuteur, c'est-à-dire celui qui n'en a que la couleur.

Je pense néanmoins que le protuteur doit être frappé, comme le tuteur, de l'hypothèque légale. Quoiqu'il n'ait

(1) L. 1 et 23, D. *De reb. auct. jud.*

(2) Favre, Code, lib. 8, t. 7, déf. 2. Basnage, Hyp., ch. 6. Brodeau sur Louet, Hyp., som. 23. Pothier, Hyp., chap. 1, sect. 1, art. 3. Despeisses, t. 16, sect. 7, n° 12. Voët, liv. 20, t. 2, n° 23.

(3) Art. 417.

(4) *De eo qui pro tutore.*

(5) T. 1, n° 273.

pas la qualité de tuteur, néanmoins il en fait les fonctions, il en exerce la surveillance, il en accepte la responsabilité, et se soumet à toutes ses obligations. Le mineur ne doit pas être responsable de ce que le titre en vertu duquel il administre est nul, ou vicieux, ou imaginaire. Il ne voit et ne doit voir en lui que son tuteur, et ses garanties ne peuvent être diminuées de ce que le fait est contraire au droit.

Mais il faut remarquer que cette décision ne peut et ne doit avoir lieu que contre la personne qui croit ou veut gérer *pro tutore*, et qu'elle ne s'applique en aucune manière à l'individu qui s'empare des biens du mineur dans un tout autre but que celui de les administrer dans l'intérêt de ce mineur. C'est ce que Fabre fait remarquer avec sa sagacité ordinaire (1), et ce à quoi M. Grenier n'a pas fait assez attention. Car dans la discussion à laquelle il se livre, on voit qu'il confond l'un et l'autre cas.

Ainsi, si un cohéritier s'empare indûment d'une succession appartenant pour partie à ses cohéritiers mineurs, il sera improposable de réclamer contre lui une hypothèque légale, sous prétexte qu'il a fait les fonctions de tuteur. Il est clair que, loin de vouloir exercer les fonctions de la tutelle, il a cherché à frustrer au contraire ses cohéritiers, et à usurper sur eux ce qui leur appartenait. Assurément ce n'est pas là ce qu'on appelle *pro tutore gerere* (2).

Mais si un individu, sans avoir le titre légal de tuteur, l'usurpe cependant, ou bien prend soin de la personne des pupilles, administre leurs biens, recueille pour eux les successions qui leur adviennent, emploie leurs revenus à leur profit, nul doute qu'alors il ne soit leur *tuteur de fait* et qu'on ne puisse exercer contre lui l'action hypothécaire pour la reddition de ses comptes (3).

(1) Code, liv. 8, t. 7, définition 2.
(2) Répert., Hyp., p. 842.
(3) On verra, n° 426, la confirmation de ceci.

421 *bis.* Il s'est présenté la question de savoir si un père qui administre les biens de sa fille émancipée peut être soumis à l'hypothèque légale, par la raison qu'il a géré *pro tutore.*

La Cour de cassation a décidé que non, avec raison. Car il ne peut y avoir de tutelle ni de protutelle, là où il y a un mineur émancipé (1). Cette question est, comme on le voit, fort différente de celle que je viens d'examiner.

Mais si le fils n'était pas émancipé et qu'il fût en tutelle, aurait-il une hypothèque légale contre son père de même que contre un tuteur étranger?

L'affirmative ne me paraît pas pouvoir être mise en doute (2). Dès que, par la mort de la mère, la puissance paternelle s'est convertie en tutelle légitime, le père, étant tuteur, doit être soumis à l'entière responsabilité du tuteur : car aucune exception n'a été faite pour lui.

422. L'hypothèque légale n'existe pas sur les biens des subrogés-tuteurs.

Dans la rédaction première de l'art. 2135, le conseil d'Etat avait proposé d'étendre l'hypothèque légale sur les immeubles du subrogé-tuteur pour le cas où, d'après les lois, il devient responsable, et à compter du jour de son acceptation. Mais cette disposition fut retranchée sur l'observation faite par le tribunat : « Qu'il est de » l'intérêt de la société de dégager, autant que possible, » les immeubles des hypothèques ; qu'il n'y a pas de » nécessité d'imprimer l'hypothèque légale sur les biens » du subrogé-tuteur ; que l'action ordinaire peut suffire » contre lui ; et qu'on devait craindre que les citoyens » ne fissent tous leurs efforts pour éloigner d'eux les

(1) Arrêt du 21 février 1821. Denev., 21, 1, 177, Sirey, 21, 1, 188.

(2) Répert., t. 17, v° Puissance paternelle.

» fonctions des subrogés-tuteurs, s'ils devaient être gre-
» vés d'une hypothèque générale (1). »

423. Les curateurs donnés aux mineurs émancipés (2), les conseils donnés aux prodigues et aux faibles d'esprit sont aussi affranchis de l'hypothèque légale (3). Ils n'administrent pas (4), ils éclairent seulement de leurs avis la personne qui leur est confiée.

Aucune loi ne les y soumet.

M. Dalloz pense cependant que le jugement qui nomme le curateur confère sur ses biens une hypothèque judiciaire (5). Mais je montrerai plus bas (6) le peu de fondement de cette opinion.

424. On a agité la question de savoir si un père qui administre, durant le mariage, les biens appartenant en propre à ses enfants mineurs, est soumis à l'hypothèque légale.

La cour de Toulouse (chose étrange) a décidé, par un arrêt du 23 décembre 1818, que l'hypothèque légale devait exister (7).

Mais comment justifier une pareille décision? D'après l'art. 389 du Code Napoléon, le père est, durant le mariage, non pas *tuteur*, mais *administrateur* des biens personnels de ses enfants mineurs.

(1) Rép., Hyp., p. 902. Dalloz, Hyp., p. 158. Confér. du Code Napoléon, t. 7, p. 177. *Junge* MM. Grenier, t. 1, n° 271; Duranton, 219, n° 313; Zachariæ, t. 2, § 264, note 10. V. cependant M. Persil, Rég. hyp., art. 2121, n° 24.

(2) La loi du 11 brumaire an VII accordait hypothèque légale aux *émancipés*. Le Code a dérogé à cela.

(3) Rép., p. 902, v° Hyp.

(4) Il en est de même de celui qui administre provisoirement les biens de l'individu dont l'interdiction est poursuivie. Montpellier, 14 janvier 1823, et Cass., 27 avril 1824. Sirey, 23, 2, 222 et 24, 1, 268.

(5) Hyp., p. 158, n° 9.

(6) N° 440.

(7) Dalloz, Hyp., p. 162, 163. M. Dalloz préfère l'opinion de la cour de Toulouse. Il veut qu'on assimile la puissance paternelle à la tutelle, sans faire attention que la première est un *droit*, tandis que la seconde est une *charge*.

En effet, il n'y a pas de tutelle pendant le mariage. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage qu'elle commence. Cela est si vrai, que dans toute tutelle il doit y avoir un subrogé-tuteur, et que, dans le cas où le père n'est qu'administrateur durant le mariage, il n'y en a pas. « Tout mineur, disait M. Berlier (1), n'est pas né- » cessairement en tutelle. Celui dont les père et mère » sont vivants trouve en eux des protecteurs naturels, » et s'il a quelques biens personnels, l'administration » appartient à son père. La tutelle commence au décès » du père et de la mère; car alors, en perdant un de » ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une » protection plus spéciale de la loi (2). »

A l'appui de notre doctrine, on peut citer les lois romaines, avec lesquelles il est rare de n'avoir pas raison. Elles voulaient que le fils n'eût pas d'hypothèque légale sur les biens de son père qui avait administré son patrimoine, « *non autem hypothecam filii familiâs adversus* » *res patris viventis adhùc, seu jàm mortui, sperare au-* » *deant* (3). » Cette décision avait lieu, bien que la mère fût décédée, et cela par un motif bien simple, c'est que la mort de la mère ne donnait pas ouverture à la tutelle. Ce n'était que lorsque le père venait à passer à de secondes noces que l'hypothèque avait lieu. Du moins, tel est le sens que Cujas donne à la loi 6, § 2, C. *De bonis quæ liber.* (4). La législation actuelle, quoique reposant sur les mêmes bases, n'est pas aussi indifférente au décès de la mère. L'absence de toute hypothèque légale est réservée au seul cas d'administration *pendant la durée du mariage*. Mais quelle en est la raison? C'est celle

(1) Exposé des motifs de la tutelle.

(2) Locré, t. 6, p. 19 et suiv.

(3) L. 6, § 2, C. *De bonis quæ liberis in potestate,* etc. Cujas et Perezius, sur ce même titre.

(4) Récit. solennel. sur ce titre du Code. Cette explication de Cujas concilie très-bien le § 2 de cette loi avec le § dernier, qui avait paru à quelques auteurs faire antinomie.

des lois romaines ; c'est qu'il n'y a pas de tutelle, et que l'administration du père procède du droit de puissance paternelle pure.

Au surplus, la question ne peut plus faire de doute aujourd'hui, et elle a été jugée contre l'opinion de la cour de Toulouse, par plusieurs arrêts que M. Merlin rapporte dans le dix-septième volume de son Répertoire (1), et dont l'un émane de la Cour de cassation (2).

425. Le tuteur officieux, dont parlent les art. 361 et suiv. du Code Napoléon, est aussi soumis à l'hypothèque légale pour ce qui concerne sa gestion (3).

426. La mère tutrice, qui se remarie sans avoir convoqué le conseil de famille pour décider si la tutelle doit être conservée, perd de plein droit la tutelle, et son nouveau mari est solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée. Telle est la disposition de l'art. 395 du Code Napoléon.

Nul doute que la mère ne soit soumise à l'hypothèque légale pour cette tutelle qu'elle conserve indûment. L'hypothèque légale, qui existait pour la tutelle primitive, se continue pour la tutelle indûment conservée qui en est une suite : car, quoique la mère ne soit plus tutrice de droit, elle l'est de fait, et elle doit en subir la responsabilité (4). C'est ce que la Cour de cassation a

(1) V° Puissance paternelle.

(2) 3 décembre 1821. Dalloz, Hyp., p. 163. Voy. de plus Lyon, 3 juillet 1827, Poitiers, 31 mars 1830. Dalloz, 1830, 2, 29 et 181. Bordeaux, 10 avril 1845 et Grenoble, 4 février 1850 (Sirey, 47, 2, 166 et 50, 2, 543). Nîmes, 5 février 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 215). Toutefois, les père et mère auxquels un testateur confère l'administration des biens qu'il lègue à leurs enfants, peuvent être astreints à fournir hypothèque pour garantie de leur administration : il n'en est pas de cette administration comme de celle que les père et mère tiennent de la loi directement. Cass., 30 avril 1833. Sirey, 33, 1, 466.

(3) Grenier, t. 1, p. 620. Persil, Quest.. t. 1, p. 267.

(4) *Suprà*, n° 421.

jugé par un arrêt du 15 décembre 1825 (1). Dans l'espèce, la mère, qui s'était remariée avant d'avoir fait nommer un tuteur, soutenait que depuis son convol, elle ne pouvait être soumise qu'à l'action *negotiorum gestorum*, parce que dès l'instant de ce convol elle avait cessé d'être tutrice de droit. Mais la Cour suprême repoussa ce système, par la considération que, depuis le convol, une *tutelle de fait est substituée à la tutelle de droit*, et que cette tutelle ne serait qu'un vain mot, si elle n'avait la même efficacité que la tutelle de droit (2).

A l'égard du second mari qui, par l'art. 395, est déclaré responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée, on demande si, de même que sa femme, il est assujetti à l'hypothèque légale.

L'affirmative ne me paraît pouvoir souffrir aucun doute.

La loi 6, au Code, *In quib. causis pign. tacitè*, contient à ce sujet une décision formelle.

« Si mater, legitimè liberorum tutelâ susceptâ, ad » secundas contrà sacramentum præstitum adspiraverit » nuptias, antequàm eis tutorem alium fecerit ordinari, » eisque quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persol» verit, *mariti quoque ejus præteritæ tutelæ gestæ* ratio» ciniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. »

La Novelle 22, cap. 40, n'est pas moins décisive.

(1) Dalloz, 26, 1, 55, et Hyp., p. 139, n° 12.

(2) La Cour de cassation a jugé, le 22 novembre 1836 (Sirey, 37, 1, 83. D., 37, 1, 57), que la mère tutrice qui, maintenue dans la tutelle de ses enfants, se trouve avoir pour cotuteur son second mari, ne peut exercer son hypothèque légale sur les biens de ce dernier, qu'après que ses enfants ont exercé la leur sur les mêmes biens. La cour a considéré que la femme étant obligée envers ses enfants solidairement avec son second mari, une subrogation tacite s'opère à leur profit dans l'effet de l'hypothèque légale de leur mère.

Il en devrait être de même à l'égard de la mère tutrice qui aurait convolé à de secondes noces sans avoir convoqué le conseil de famille.

« Non solum quæ ejus sunt in hypothecam habere lex » permittit filiis, *sed etiam mariti substantiam trahit cum » hypothecis.* »

En France, où on a toujours tenu pour maxime *qui épouse la veuve, épouse la tutelle*, il n'y a pas de doute qu'on doive suivre la décision des lois romaines. Puisque, d'après l'art. 395, le nouveau mari est tenu solidairement de toutes les *suites de la tutelle*, il doit en être tenu hypothécairement, de même que sa femme (1). C'est ainsi que la question a été jugée par arrêt de la cour de Paris, du 28 décembre 1822 (2), et par arrêt de la cour de Poitiers, du 28 décembre 1824 (3). On s'étonne que M. Delvincourt professe une opinion contraire (4).

Il n'est pas moins évident que la responsabilité du mari s'étend, non-seulement à l'indue gestion qui a eu lieu depuis le nouveau mariage, mais encore à toutes les suites de la tutelle, depuis son origine jusqu'à sa fin. On a vu que la loi 6, C. *In quib. caus.*, le décidait d'une façon très-directe : *Præteritæ tutelæ gestæ*. Il doit en être de même par le Code Napoléon ; car ces expressions de l'art. 395, *toutes les suites de la tutelle*, ne peuvent s'entendre que des suites de la tutelle depuis son commencement. C'est une peine infligée au mari qui néglige de faire nommer un tuteur, et qui s'empare de ce qui fait le gage des enfants mineurs.

Tout ce que je viens de dire se confirme de plus en plus, si on compare la position du second mari qui épouse la veuve tutrice sans faire nommer un tuteur, avec celle du second mari qui épouse la mère à qui la tutelle a été conservée par le conseil de famille. Le mari (dit l'art. 396, dont les expressions sont remarquables)

(1) Grenier, t. 1, p. 280. Dalloz, Hyp., p. 159, n° 13.
(2) Dalloz, Hyp., p. 165, 166.
(3) Dalloz, 1825, 2, 94. *Junge* Nîmes, 30 nov. 1831 et Colmar, 26 nov. 1833. Sirey, 32, 2, 139 et 34, 2, 231.
(4) T. 1, p. 475.

devient solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage. Pourquoi cette limitation dans cet article? Pourquoi dans l'article précédent le législateur, au lieu d'employer les mêmes termes, dit-il que le second mari est responsable de toutes les suites de la tutelle? C'est que cette responsabilité embrasse la gestion postérieure au mariage, comme la gestion antérieure; c'est que celui qui n'a pas rempli le vœu de la loi, en ne faisant pas nommer un tuteur aux enfants mineurs, ne doit pas être traité avec la même faveur que celui qui épouse une mère revêtue du caractère légal de tutrice, et à qui le conseil de famille a conservé cette même qualité (1). M. Grenier professe la même doctrine (2).

427. L'hypothèque légale a lieu, suivant l'art. 2235, pour tout ce qui se réfère à la *gestion* du tuteur, et constitue un *droit* ou une *créance* (3).

Ainsi, elle s'étend à ce que le tuteur a mal fait, comme vente indue des biens pupillaires (4), et elle assure le recouvrement de l'indemnité pour les aliénations des immeubles du mineur, en cas que l'action révocatoire contre les tiers lui soit moins avantageuse; elle a même lieu pour ce que le tuteur a négligé de faire, au détriment du pupille (5).

Ainsi encore, la loi la donne non-seulement pour les sommes principales dont le tuteur est reliquataire par son compte de tutelle, mais encore pour les accessoires, au nombre desquels il faut placer, suivant le président Favre, les frais que le mineur a été obligé de faire néces-

(1) C'est dans ce sens que la question a été jugée par la Cour de cassation *in terminis*, le 14 décembre 1836 (Dalloz, 37, 1, 86).
(2) T. 1, n° 280.
(3) Expressions de notre article.
(4) Arrêt de Toulouse, 18 déc. 1826. Dalloz, 27, 2, 173.
(5) L. 1 et suiv., C. *Si tutor vel. curat. non gess.* Favre, Code, lib. 8, t. 7, déf. 1, n° 3.

sairement, pour faire opérer la reddition du compte (1).

On doit même décider que le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, pour les sommes dont celui-ci était son débiteur avant la tutelle (2). Cela rentre dans la gestion du tuteur; car celui-ci a dû, pendant qu'il administrait, verser dans la caisse du mineur la somme dont il était redevable, ou prendre contre lui-même les sûretés convenables. On peut voir à ce sujet nn arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1811 (3).

Il faut dire aussi que le mineur peut invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale pour tous redressements du compte de tutelle pendant les dix ans qui suivent la majorité, et que la créance qui résulte du redressement doit primer même les hypothèques acquises contre le tuteur postérieurement à la reddition du compte de tutelle.

C'est ce que décide un arrêt très-précis de la Cour suprême du 21 février 1838 (4), portant cassation d'un arrêt de la cour royale d'Amiens.

(1) Code, lib. 8, t. 7, déf. 1 et 4. *Infrà*, n° 702.

(2) Voët, *Ad Pand.*, lib. 20, t. 2, n° 16. Répert., Hyp., p. 901. Persil, Quest., t. 1, p. 231. Grenier, t. 1, p. 620. Et pour la soulte due au mineur par le tuteur par suite d'une licitation Paris, 26 mars 1836 (Sirey, 36, 2, 259), à moins que la licitation ne soit postérieure à la cessation de la tutelle, Rennes, 31 mars 1841 (Sirey, 41, 2, 423); et pour la donation que le tuteur aurait faite au mineur pendant la tutelle. Rouen, 18 janvier 1839 (Sirey, 39, 2, 208). Mais le mineur n'a pas hypothèque légale sur les biens de son tuteur, à raison d'une somme que celui-ci a été chargé de lui laisser ou déléguer dans sa succession, sur un capital légué au tuteur. Douai, 4 mai 1846 (Sirey, 46, 2, 470).

(3) Dalloz, Hyp., p. 160, 161. — *Junge* Turin, 25 janv. 1811. Sirey, 12, 2, 285. Pau, 17 juin 1837. Sirey, 38, 2, 161.

(4) Sirey, 38, 1, 193. *Junge* Orléans, 12 janvier 1839. (Sirey, 39, 2, 375. Cass., 18 août 1840. (Sirey, 40, 1, 995), Toulouse, 18 juill. 1839 (Sirey, 39, 2, 525.)—L'arrêt déjà cité de la cour de Pau, du 19 août 1850 (*J. P.*. 1852, t. 2, p. 467), décide aussi que les frais des incidents élevés par un tuteur dans l'instance en reddition de compte, sont à sa charge s'il succombe, et sont garantis par l'hypothèque légale.

428. L'hypothèque légale en faveur des mineurs prend naissance du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135 du Code Napoléon).

Ce n'est donc ni du jour de la reddition des comptes, quoique cette reddition puisse seule faire savoir ce qui est dû ; ni du jour où le tuteur commence à gérer ; car, comme je l'ai dit ci-dessus, il pourrait négliger les actes de sa gestion, et il n'en serait pas moins responsable. C'est du jour où la tutelle est acceptée, ce qui est conforme à la loi 20, au C. *De adm. tutor.*, et à l'opinion du président Favre (1) et de Basnage (2).

On pourra opposer l'art. 2195, duquel il paraîtrait résulter que le point de départ de l'hypothèque légale du mineur est l'*entrée en gestion.*

Mais il faut coordonner cet article avec les principes généraux, dont il a voulu être l'écho. Or, le tuteur est censé entrer en gestion, dès le moment qu'il a accepté la tutelle. La loi ne suppose pas qu'il soit revêtu des fonctions de la tutelle, et qu'il en néglige les devoirs.

Quelle est donc l'époque de l'acceptation de la tutelle?

Pour les tuteurs légitimes, c'est le jour même de l'ouverture de la tutelle. Ils ne peuvent ignorer la loi qui les saisit (3).

Pour les tuteurs testamentaires, c'est le jour où ils ont eu connaissance du testament (4).

Enfin dans les tutelles déférées par le conseil de famille, la tutelle est censée acceptée du jour de la nomination du tuteur, si elle a lieu en sa présence sans réclamation (art. 418 du Code Napoléon);

Ou, s'il est absent, du jour de la notification (art. 418). Le principe en cette matière est écrit dans les lois ro-

(1) Code, lib. 8, t. 7, déf. 1.

(2) Hyp., ch. 6. La règle a été appliquée à l'hypothèque légale qu'a le mineur à raison de la donation à lui faite par son tuteur pendant la tutelle. Rouen, 18 janvier 1839 (Sirey, 39, 2, 208).

(3) Art. 390, 402, 506 du Code Napoléon.

(4) M. Dalloz, Hyp., p. 159, n° 16.

maines (1). « Ex quo innotuit tutori se tutorem esse, » scire debet periculum ad eum pertinere. »

429. Je dois examiner ici une question qui n'est pas sans difficulté. C'est de savoir si un acte de tutelle fait en pays étranger emporte en France hypothèque au profit d'un mineur français.

Brodeau (2) dit que les actes passés en pays étranger ne produisent pas d'hypothèque, soit expresse, soit tacite, sur les biens situés en France.

Malicostes (3), art. 186, dit : « Tous contrats passés » hors du royaume, même les contrats de mariage et » actes de tutelle, ne portent hypothèque, soit expresse, » soit tacite, sur les biens de France. »

M. de Lamoignon, dans ses arrêtés, titre des hypothèques, art. 25, dit « que les jugements et actes passés et » rendus en pays étranger n'emportent hypothèque en » France, quoi que ce soit, contrats de mariage et actes » de tutelle ; mais que l'hypothèque n'aura lieu que du » jour de la célébration du mariage et de la gestion de » la tutelle. »

Je ne crois pas que l'on doive adopter ces opinions, par les raisons que voici :

Ce n'est pas de l'acte de nomination du tuteur que sort l'hypothèque attribuée au mineur. Elle découle du concours de la *qualité* de tuteur et de la *volonté* de la loi.

L'acte de nomination n'est qu'un préliminaire pour arriver à l'hypothèque; mais il ne la crée pas. Il n'est qu'attributif et déclaratif de la *qualité* de tuteur. Or, que cet acte soit passé en pays étranger, peu importe. La loi française y croit, pourvu qu'il soit revêtu des formes voulues dans la contrée où il a été passé. *Locus regit actum.* Comme le dit Pothier (4), l'acte fait en pays étranger,

(1) L. 5, § 10, D. *De adm. tutor.*
(2) Art. 107. Paris, et sur Louet, l. H., § 5.
(3) Sur Maine, art. 186.
(4) Sur Orléans, tit. 20, n° 9.

avec les solemnités requises, a autorité de *créance*. De là vient que lorsqu'un individu est revêtu de la tutelle en pays étranger, la loi française ne lui dénie pas la qualité de tuteur ; au contraire, elle le reconnaît comme tel.

Ceci convenu, ne sera-t-il pas certain que l'hypothèque devra frapper les biens de ce tuteur ? Car, aux yeux de la loi française, *tutelle* et *hypothèque légale* sont deux idées corrélatives : cette loi ne veut pas qu'il y ait un tuteur exempt de répondre de sa gestion sous l'hypothèque de tous ses biens. Tout tuteur, dit-elle, est soumis à l'hypothèque légale ; cette obligation dérive, non pas de la puissance étrangère qui a présidé à la confection de l'acte, non pas d'une convention, mais de la loi française elle-même, à qui il plaît d'attribuer l'hypothèque légale à la simple qualité de tuteur. Je ne comprends donc pas la susceptibilité des auteurs que j'ai cités. Le droit politique de la France n'est aucunement blessé, puisque tout émane de la volonté seule de la loi française.

On oppose qu'un contrat fait en pays étranger à l'effet de constituer hypothèque, est insuffisant pour frapper les biens de France (1). Or, dit-on, si le tuteur se fût soumis à l'hypothèque par convention, nul doute que cette stipulation eût été impuissante pour atteindre les biens français. Il doit en être de même, lorsque la loi ne fait que sous-entendre cette convention.

Cet argument n'est qu'un paralogisme facile à réfuter. L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'actes authentiques et doués d'exécution parée. Or, un acte passé en pays étranger ne vaut que comme acte *sous seing privé*, *pro simplici chirographo*, dit Mornac (2) ; ici, au contraire, l'hypothèque résulte de la *loi française*, qui la fait peser sur celui en qui elle voit la *qualité* de tuteur. C'est donc, en réalité, la loi française qui fait tout, sans aucun concours de la puissance étrangère. Elever

(1) Art. 2128 du Code Napoléon.
(2) Loi dernière, D. *De jurid.*

des difficultés pareilles à celles que je réfute, c'est vouloir paralyser la loi nationale, sous prétexte de la rehausser (1).

Cette opinion est celle de M. Grenier (2). Quoiqu'elle ait de nombreux contradicteurs, je n'en suis pas moins convaincu de son évidence.

Au surplus, je puis l'appuyer d'un arrêt du parlement de Lorraine du 12 août 1763 (3), qui décida qu'un habitant de Fénétranges, sujet étranger à la Lorraine, ayant été nommé tuteur *par acte tutélaire passé à Nancy* (4), devait hypothèque sur ses biens de Fénétranges pour son reliquat, à compter du jour qu'il avait été promu à ces fonctions.

Cette première difficulté nous amène à l'examen d'une autre. On demande si un mineur étranger, dont la tutelle a été déférée en pays étranger, pourra réclamer hypothèque sur les biens de son tuteur situés en France.

Rien n'est plus difficile que ce qui tient à la matière des statuts, et je me rappelle que Basnage (5) rapporte une espèce dans laquelle la même question de statut fut jugée entre les mêmes parties, et dans la même affaire, dans un sens au grand conseil de Flandres, et dans un autre par les tribunaux de Rome.

M. Grenier pense que le mineur étranger, dont la tutelle aurait été déférée hors de France, n'aurait pas d'hypothèque légale sur les biens que son tuteur posséderait en France : car l'hypothèque, dit-il, prend son

(1) Il en serait ainsi, quand même la nomination serait faite par le juge étranger, comme cela a lieu dans quelques pays. L'hypothèque ne résulterait pas de la décision du juge, sans quoi ce serait une *hypothèque judiciaire*, ce qu'on ne prétend pas.

Elle résulterait de la *qualité* de tuteur, c'est-à-dire de la nomination suivie d'acceptation expresse ou tacite.

(2) T. 1, n° 284, p. 623.

(3) Répert., Hyp., p. 780 et suiv.

(4) En 1713, époque de cet acte de tutelle, Fénétranges était fief libre de l'empire germanique.

(5) Sur l'art. 422 de la Coutume de Normandie.

fondement dans le droit civil, et ce droit civil ne profite qu'aux régnicoles, en faveur de qui il a été établi (1).

Quoique M. Grenier dise que cette solution *est sans difficulté*, je dois avouer qu'elle en fait beaucoup pour moi, et je crois même devoir la repousser.

J'ai montré ci-dessus que l'hypothèque est du droit des gens, et que, quoiqu'elle tienne au droit civil par la manière de l'acquérir, il n'y a pas d'empêchement à ce qu'un étranger l'obtienne en France (2).

Ainsi, point de doute qu'un étranger, se trouvant en France, n'ait hypothèque, par exemple, en vertu d'un jugement de condamnation obtenu par lui, et rendu par les tribunaux français. C'est là cependant un effet que la loi attribue, par une volonté spéciale, aux décisions judiciaires. Néanmoins, on ne s'est jamais avisé de soutenir qu'un étranger fût privé de l'hypothèque judiciaire en France. Ce qui a lieu pour l'hypothèque judiciaire, a lieu aussi, par la même raison, pour l'hypothèque légale, que la loi fait découler de certaines positions civiles. M. Grenier va donc beaucoup trop loin, quand il décide que la loi française n'a parlé que pour les Français, et pas pour les étrangers.

Maintenant, arrivons à notre difficulté, et voyons si le mineur étranger et hors de France a hypothèque légale sur les biens que son tuteur possède en France.

La loi qui soumet les biens des tuteurs à une hypothèque légale, forme *un statut réel*, ainsi qu'on peut s'en convaincre par la fameuse définition donnée par M. d'Aguesseau (3). Ce statut lie donc tous les immeubles qui composent le territoire français. Ce ne sera pas en vertu de la loi de son pays, que le mineur viendra réclamer hypothèque. Cette loi expire aux frontières. Mais il réclamera cette hypothèque au nom des lois françaises; il dira : Vous me reconnaissez comme mineur;

(1) T. 1, p. 622, n° 284.
(2) N° 392 *bis*.
(3) Voyez-la au Répertoire, Autorisation maritale, p. 530.

mon tuteur, à qui vous ne déniez pas non plus cette qualité, possède des biens en France ; or, les lois françaises frappent d'une hypothèque légale les biens du tuteur. Cette loi forme un statut réel ; laissez-la agir à mon profit ; le propre du statut réel est de saisir les immeubles, abstraction faite de la personne qui les possède (1). Ce raisonnement me paraît péremptoire.

C'est ainsi que la disposition de la loi qui attribue au père l'usufruit paternel, est considérée comme un statut réel, comme une loi de la propriété, et non de la personne (2).

C'est ainsi que M. Merlin pense qu'une femme étrangère a hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, parce que les articles 2121 et 2135 du Code Napoléon forment un statut réel (3).

Enfin, je trouve une dernière autorité dans l'arrêt du parlement de Lorraine, cité tout à l'heure, et qui accorda hypothèque à des mineurs lorrains, pour une tutelle déférée en Lorraine, sur des immeubles situés dans la baronnie de Fénétranges, qui formait une souveraineté étrangère (4).

(1) Bartole, sur la loi *Cunctos*, C. *De summ. trinitate*, n° 27. Dumoulin, sur la même loi.

(2) Boullenois.

(3) Rép., t. 17, v° Remploi. Dalloz, v° Loi, p. 884, n° 36, § 4, V. *infrà*, n° 513 *ter*.

(4) Cette grave question a été agitée devant la cour d'Amiens, dans l'affaire des demoiselles d'Hervaz, C. Bonar, Aquilar et autres. Elle a été traitée dans un sens conforme à mon opinion par Me Félix Liouville, dont le mémoire est rempli de recherches savantes et d'ingénieux aperçus. MM. Merlin, Odilon Barrot, Parquin et Mauguin ont adhéré à cette consultation. Je me félicite d'avoir trouvé d'aussi puissants auxiliaires dans la défense d'un point de droit auquel se rattachent de hautes considérations d'équité et de civilisation. Mais la cour d'Amiens en a jugé autrement par arrêt du 18 août 1834 (Dalloz, 35, 2,153). *Sic* Rennes, 30 août 1845 (Sirey, 45, 2, 606) ; Gand, 4 juin 1846 (Sirey 47, 2, 36). Mais V. dans le sens de l'opinion qui me paraît devoir être préférée, Grenoble, 19 juillet 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 233).

430. La troisième sorte d'hypothèque légale est celle de l'Etat, des communes et établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (1).

D'après une déclaration du mois d'octobre 1648, les biens des financiers, même ceux donnés à leurs enfants, étaient sujets à leurs dettes envers le roi, et tacitement hypothéqués du jour de leur gestion (2).

C'est de là qu'est tiré notre article, en ce qui concerne l'hypothèque légale de l'Etat et des établissements sur les biens de leurs comptables.

Ferrières, dans son Dictionnaire de droit et de pratique, désigne sous le nom de *comptables*, *financiers* ou *gens d'affaires*, ceux qui manient ou ont manié les deniers publics, ou ceux du roi. Tels sont les receveurs généraux, les receveurs des contributions indirectes, les payeurs, les receveurs des communes, les receveurs des hospices, etc.

On ne peut comprendre dans la classe des comptables ceux qui ne font que surveiller et diriger l'administration, ou ceux qui ne sont que débiteurs d'un prix stipulé dans un contrat. Je le répète, pour être comptable, il faut être dépositaire et manutentionnaire de fonds (3).

Ainsi le fermier d'un hospice n'est pas comptable de cet hospice dans le sens de ce mot, et on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque légale (4).

430 *bis*. Le gouvernement n'a pas d'hypothèque légale sur les biens des percepteurs des contributions directes ; car la loi du 5 septembre 1807, qui, dans son article 7, désigne ceux que l'on doit considérer comme comptables, ne parle pas des percepteurs.

(1) L. 3, C. *De jure reipublicæ*, et loi dern., C. *Quo quisque ordine*. Répert., Hyp., p. 839.

(2) Basnage, Hyp. ch. 13.

(3) Répert., Hyp., sect. 2, § 3, art. 4. V. aussi dans ce sens, l'arrêt du 3 mai 1843, cité en note sous le n° 92.

(4) Cassat., 3 juillet 1827. Dalloz, Hyp., p. 169. Idem, p. 168. Pau, 25 juin 1816.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour de Colmar, du 10 juin 1820, motivé avec soin (1). Les percepteurs ne sont en effet que de simples collecteurs, préposés des receveurs généraux. Ils n'ont jamais de compte avec le trésor, attendu qu'ils sont obligés à faire leurs versements au fur et à mesure des perceptions.

Au surplus, toutes les fois que des difficultés s'élèveront sur le sens des mots *comptables* et *receveurs*, il faudra consulter la loi du 16 septembre 1807, qui forme le complément de notre article.

L'hypothèque légale de l'Etat ne s'étend ni sur ceux qui remplissent passagèrement et par *intérim* les fonctions de comptables (2), ni sur ceux qui ont cautionné le comptable (3).

431. Les hypothèques légales sur les comptables diffèrent des hypothèques légales sur les tuteurs et les maris, en ce que les premières sont seules soumises à l'inscription (2134 et 2098 du Code Napoléon). Elles ne prennent donc rang que par l'inscription ; on a pensé qu'il ne convenait pas de donner au fisc et autres établissements publics des priviléges exorbitants qui pouvaient les rendre odieux (4).

432. La loi du 5 septembre 1807 parle (art. 7, 8 et 9) du mode de restriction de l'hypothèque légale du trésor. Je m'en occuperai sous l'art. 2161.

432 *bis*. Les hypothèques légales énumérées par notre article sont-elles les seules?

M. de Lamoignon aurait voulu que l'adition d'hérédité établit une hypothèque légale sur les biens de l'héritier, pour le payement des legs et dettes de la succession (5).

(1) Dalloz, Hyp., p. 170.
(2) Dalloz, Hyp., p. 167, n° 2.
(3) Grenier, t. 1, n° 292.
(4) Grenier, t. 1, n° 286.
(5) Tit. des Act. pers. et hyp.

Mais cela est contraire aux véritables principes. Jamais l'adition d'hérédité n'a été une cause d'hypothèque légale sur les biens de l'héritier; elle n'a jamais emporté qu'une obligation personnelle; sur quoi l'on peut voir Lebrun (1) et M. Grenier (2).

432 *ter*. Le légataire a une hypothèque légale sur les biens de la succession pour le payement de son legs (art. 1009, 1012, 1017 du Code Napoléon) (3).

Cette hypothèque doit-elle être inscrite? M. Tarrible enseigne l'affirmative (4).

Mais cette inscription n'est nécessaire que pour assurer au légataire une préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, ou sur les tiers détenteurs, et pas du tout pour déterminer le rang des légataires entre eux (5). Quant aux créanciers de l'hérédité, on sait que les legs ne sont payables qu'après les dettes, « *bona non dicuntur nisi deducto œre alieno.* »

(1) Liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 27.
(2) Tit. 1, n° 229.
(3) Cette hypothèque, que la loi votée en Belgique a maintenue et qu'elle a fait passer dans la loi hypothécaire de ce pays sous la dénomination *d'hypothèque testamentaire* (V. ma préface, p. XXIV, à la note), avait été supprimée, au contraire, dans la dernière rédaction du projet qui était récemment soumis, en France, à l'Assemblée législative. La commission avait cru qu'il convenait de la supprimer en raison de son effet, qui est, dans certains cas, de donner au légataire la préférence sur les créanciers chirographaires de la succession, contrairement aux principes. La commission pensait, d'ailleurs, que le privilége ayant pour objet d'assurer le droit de demander la séparation des patrimoines, suffit aux légataires. En conséquence, elle ajoutait à l'art. 2111 du projet qui énumérait les droits et créances auxquels l'hypothèque légale était attribuée, une disposition ainsi conçue : « L'hypothèque établie par l'art. 1017 du présent Code, sur les immeubles de la succession, au profit des légataires particuliers, est supprimée, sans préjudice du privilége résultant de l'art. 2101. »
(4) Répert., Inscript., p. 230, col. 1 et 2, et p. 247, col. 2.
(5) Arrêt de Paris du 12 mars 1806. Sirey, 6, 2, 1, 267. — *Sic* Tarrible, Répert., Inscription et Legs. Dalloz, Hyp., p. 167, n°s 7 et 8. V. encore un autre arrêt de Paris du 14 novembre 1838 (Sirey, 39, 2, 9).

433. La masse des créanciers d'un failli a une espèce d'hypothèque légale sur les immeubles de ce failli. Cette hypothèque se réalise par une inscription que les agents et les syndics prennent en vertu de l'art. 490 (anc. article 500) du Code de commerce.

Ce n'est pas ici le lieu de s'occuper de l'influence de cette hypothèque par rapport aux tiers.

D'après la loi du 11 brumaire an VII (1), les absents avaient une hypothèque légale sur les biens de leurs administrateurs. Mais cette disposition n'a pas été reproduite dans le Code Napoléon.

M. Dalloz, tout en reconnaissant cette vérité, voudrait que le jugement de nomination des administrateurs produisît hypothèque judiciaire au profit de l'absent (2); mais je prouverai *infrà* (3) que cette doctrine ne saurait être admise.

ARTICLE 2122.

Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées.

SOMMAIRE.

433 *bis*. Caractère de généralité de l'hypothèque légale.
433 *ter*. L'hypothèque légale frappe-t-elle les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté, et revendus pendant sa durée? Solution affirmative.
434. La femme n'a rien à réclamer sur les immeubles appartenant à la société dont son mari est membre.

(1) Art. 21, n° 2.
(2) Hyp., p. 157 et 158, n°s 1 et 2.
(3) N° 440.

434 *bis*. De l'hypothèque de la femme sur l'immeuble échangé.
434 *ter*. De l'hypothèque de la femme sur les biens donnés au mari avec pacte de retour, et sur les biens grevés de substitution.
435. L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'une action *en réméré*. *Quid* si ce débiteur vend cette action ?

COMMENTAIRE.

433 *bis*. L'un des caractères les plus éminents des trois hypothèques légales énumérées dans l'article précédent, c'est qu'elles frappent sur tous les biens présents et à venir, et que tout ce qui entre dans le patrimoine du débiteur y est soumis (1). L'hypothèque judiciaire est la seule qui partage avec elles cette faveur. Car l'hypothèque conventionnelle ne peut pas affecter les biens à venir (2).

Nous verrons cependant par les articles 2140 et suivants et par l'art. 2161, dans quels cas et comment ces hypothèques générales peuvent être réduites.

433 *ter*. On demande si l'hypothèque légale et générale de la femme frappe sur les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté et qu'il a ensuite revendus (3).

(1) Jugé même que l'hypothèque existe sur les biens échus au mari ou au tuteur depuis la cessation de la tutelle ou la dissolulution du mariage. Cass., 17 juillet 1844 (Sirey, 44, 1, 641). Lyon, 23 novembre 1850 (Sirey, 51, 2, 87). *Sic*, Duranton, t. 19, n° 327, et de Fréminville, t. 2, n° 1144. — V. encore un arrêt de Rouen, du 6 juin 1844 (Sirey, 45, 2, 180) d'après lequel la femme d'un failli conserve, après le concordat obtenu par son mari, une hypothèque légale sur les biens qui adviennent ultérieurement à celui-ci, pour garantie de la restitution de la portion de sa dot excédant le dividende qu'elle a touché dans l'actif de la faillite.

(2) *Infrà*, art. 2123 et 2129.

(3) Je reviens sur cette question dans mon Comment. du *Contrat de mariage*, dont le n° 1800 doit être conféré avec ce que je dis ici.

Pour résoudre cette difficulté, il faut supposer, avant tout, que la femme n'a pas pris part à la vente. Si elle y avait pris part, il est clair qu'elle ne pourrait troubler par l'action hypothécaire celui qui aurait le droit de l'actionner en garantie (1).

Il faut supposer aussi qu'elle a renoncé à la communauté. Car si elle l'accepte, comme le mari est maître de la communauté, et que comme tel il a le droit de vendre et d'aliéner sans le concours de sa femme, il s'ensuit qu'en traitant de son chef, il est censé traiter aussi pour sa femme. Et dès lors, celle-ci étant covenderesse, est repoussée par la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (2).

Mais lorsque la femme a renoncé à la communauté, on doit se prononcer en faveur de la femme.

Il est incontestable que tous les biens présents et à venir du mari sont soumis à l'hypothèque légale de la femme : or, au nombre de ces biens, on doit nécessairement comprendre les acquêts faits pendant la communauté. Car ils appartiennent pour moitié au mari, et quant à l'autre moitié, ils peuvent éventuellement lui appartenir ; c'est à savoir, si la femme n'accepte pas la communauté.

A la vérité, la femme, avant sa renonciation et au moment de la vente, était commune en biens. Mais il ne résulte pas de là qu'on puisse lui opposer qu'elle doit être considérée comme associée à la vente faite par son mari, seigneur de la communauté ; car, au moyen de sa renonciation, elle est censée n'avoir jamais été copropriétaire, et par conséquent n'avoir jamais contracté par l'organe de son mari.

Qu'on ne dise pas qu'accorder à la femme cette hypo-

(1) V. *Infrà*, n°s 603 et 609 *bis*.

(2) V. Cass. 16 février 1841 (Sirey, 41, 1, 550). V. aussi Cass. 30 avril 1849 (Sirey, 49, 1, 465). *Junge* MM. Grenier, t. 1, n° 248 ; Delvincourt. t. 3, p. 165 ; Persil, Quest. t. 1, p. 233 ; Duranton, t. 19, n° 329 et suiv. ; Pont et Rodière, t. 1, n° 834 ; Valette, t. 1, p. 255 et suiv.

thèque, c'est gêner le mari, et entraver des opérations qui doivent être libres.

Le droit du mari d'engager sa femme en vendant un acquêt, est essentiellement subordonné à la faculté qu'a celle-ci de renoncer à la communauté. Lorsque cette renonciation a lieu, tous les actes faits par le mari demeurent exclusivement personnels.

Cette doctrine est celle de Renusson (1). C'est aussi celle de M. Grenier (2) et de M. Toullier (3). Elle est consacrée par un arrêt de la cour d'Angers du 26 août 1812, par un arrêt de la cour d'Orléans du 14 novembre 1817, et par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 9 novembre 1813, et l'autre du 9 novembre 1814 (4).

Il y a cependant en sens contraire l'opinion de M. Persil (5) et de M. Delvincourt (6). Mais je ne crois pas qu'elle puisse être suivie, surtout si on se pénètre des considérants pleins de force qui précèdent l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1819. Ainsi, ceux qui achèteront des immeubles acquêts de communauté, devront avoir soin de faire assister la femme du vendeur au contrat, s'ils veulent se mettre à l'abri de son recours hypothécaire. Cette précaution doit être conseillée, surtout dans un moment où il se fait de grandes spéculations sur les reventes d'immeubles. Les acquéreurs de bonne foi pourraient être trompés s'ils la négligeaient.

434. La femme dont le mari est membre d'une société de commerce, ne peut rien prétendre sur les im-

(1) Communauté.

(2) Hyp., t. 1, n° 248.

(3) T. 12, n° 305. *Junge* MM. Duranton, t. 19, n° 330; Battur, t. 2, n° 521; Pannier, Hyp. p. 145; Zachariæ, t. 2, § 264, note 20.

(4) Dalloz, Hyp., p. 142. *Junge* Bourges, 26 août 1814; Paris, 12 décembre 1816; Rouen, 11 mars 1846 (Sirey, 17, 2, 228 et 46, 2, 503). Orléans, 16 mars 1850 (*J. P.* 1850, t. 1, p. 299).

(5) Quest., t. 1, p. 235.

(6) T. 3, note 6, p. 165. M. Dalloz incline pour cette opinion, p. 135. *Junge* Cubain, n° 528; Pont et Rodière, t. 1, n° 888, Valette, t. 1, p. 258.

meubles sociaux. En effet, tant que dure la société, ces immeubles n'appartiennent pas au mari : celui-ci n'y a qu'une expectative. C'est la masse, la raison sociale, qui est propriétaire.

Mais lorsque la société se dissout, et qu'on procède au partage, tous les biens sociaux qui entrent dans le domaine exclusif du mari deviennent soumis à l'hypothèque légale de la femme (1).

434 *bis.* Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque générale est échangé, on demande s'il reste soumis à l'hypothèque dans les mains du tiers détenteur, et si, de plus, l'immeuble reçu en contre-échange, et entrant dans le domaine du débiteur grevé d'hypothèque générale, en est également frappé.

Ceux qui ont voulu juger cette question par l'équité et non par les principes, tels que M. Grenier (2), n'ont pu concevoir que l'hypothèque pût s'étendre aux deux héritages simultanément ; ils se sont laissé éblouir par cette raison, que le créancier aurait une hypothèque double de celle sur laquelle il aurait dû compter.

Domat (3) n'a pas été trompé par ces faux scrupules, et il décide que l'hypothèque s'étend aux deux héritages échangés.

En effet, l'hypothèque qui grevait l'immeuble aliéné l'a suivi entre les mains du tiers acquéreur; elle n'a pu disparaître qu'autant que ce dernier l'aurait purgée. Quant à l'immeuble reçu en échange, du moment qu'il est entré dans le domaine du débiteur, il a été saisi par l'hypothèque qui frappe les biens à venir.

(1) V. un arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 1831 (Sirey, 31, 1, 902). V. aussi M. Persil, Q., p. 240, t. 1. Je reviens là-dessus dans mon Comment. des Sociétés, t. 2, n° 860, où j'examine la question de savoir si l'hypothèque affecte les biens immeubles d'une société au profit de la femme qui épouse l'un des associés.

(2) T. 1, n° 206.

(3) Sect. 1, t. 2, liv. 3, n° 12.

Vainement on objecte que le créancier se trouve avoir, par ce moyen, un gage plus considérable que celui sur lequel il avait dû compter. Car, ayant hypothèque générale, il a dû compter sur tous les biens à venir de son débiteur.

En définitive, l'échange est à peu près comme une vente. Si l'immeuble eût été vendu, l'hypothèque l'aurait poursuivi entre les mains du tiers acquéreur. Il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement en cas d'échange. A l'égard de l'immeuble reçu en contre-échange, il représente le prix de la chose aliénée. Si, dans le cas de vente, le vendeur eût employé le prix à l'acquisition d'un fonds, il est certain que ce fonds aurait été soumis à l'hypothèque générale. Or, l'immeuble reçu en contre-échange est semblable à celui qui aurait été acheté avec le prix. Il doit donc être grevé par l'hypothèque.

Au surplus, l'opinion de M. Grenier a été proscrite par arrêt de la Cour de cassation du 19 nov. 1815 (1).

On verra, du reste, au n° 643, une espèce qui prouve que cette extension de l'hypothèque légale s'arrête, par exemple, dans le cas de dissolution du mariage ou de cessation de la tutelle.

434 *ter*. L'hypothèque légale de la femme comprend aussi les biens donnés par contrat de mariage à son mari par un tiers, avec clause de retour. Mais cette hypothèque n'est que subsidiaire, d'après l'art. 952 du Code Napoléon; il faut, par conséquent, appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus, n° 251 *bis*. C'est aussi l'avis de M. Grenier (2).

D'après l'art. 1054 du Code Napoléon, les femmes des grevés de substitution n'ont de recours subsidiaire sur les biens à rendre, qu'en cas d'insuffisance des biens libres, et pour *le capital des deniers dotaux*. Encore faut-il que le testateur l'ait expressément ordonné (3).

(1) Dalloz, Hyp., p. 338. Sirey, 16, 1, 151.
(2) T. 1, n° 263. Dalloz, Hyp., p. 136.
(3) Grenier et Dalloz, *loc. cit.*

435. L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'un droit de réméré. Car l'immeuble appartient à l'acquéreur, qui en est seul propriétaire (1). Le vendeur n'y a qu'un droit éventuel. Les biens ne sont frappés par l'hypothèque générale qu'à mesure qu'ils entrent dans la propriété du débiteur (2). Ce n'est donc que lorsque le rachat sera effectué que l'hypothèque viendra s'asseoir sur l'immeuble.

Quid si le vendeur, au lieu d'exercer lui-même ce droit, le vend? La Cour de cassation a décidé (3) que l'hypothèque ne peut aller chercher l'immeuble dans les mains du nouvel acquéreur. Cet immeuble n'est pas rentré dans le patrimoine du débiteur. Il n'est pas venu y prendre l'empreinte de l'hypothèque; il est passé sans circuit de l'acquéreur à réméré à l'acquéreur définitif. Mais si le vendeur avait aliéné son droit par fraude, le créancier pourrait faire usage de l'action Paulienne.

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIEES.

Art. 2123.

L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus.

Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

(1) *Suprà*, n° 406; *infrà*, 469.

(2) Arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1825. Dalloz, 26, 1, 43. Il est dit, à tort, ce me semble, que le vendeur n'a qu'un *jus ad rem!* J'ai combattu cette proposition, empruntée à Pothier, dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 2, n° 698. Mais, au surplus, ceci ne change rien à la justesse de la solution.

(3) Même arrêt.

Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

435 *bis.* L'hypothèque judiciaire est différente du *pignus prætorium* et du *pignus judiciale* des Romains. Dissentiment avec M. Grenier.

436. Que comprenait le *pignus prætorium et judiciale* des Romains? Quels biens frappe notre hypothèque judiciaire? Elle est soumise à l'inscription. Une seule inscription suffit pour tous les biens, présents et à venir, de la circonscription du bureau.

436 *bis.* Si le jugement rendu contre la femme *dotée* donne hypothèque sur sa dot. Distinction. Dissentiment avec M. Grenier.

436 *ter.* Si l'hypothèque résultant d'un jugement contre le mari frappe les conquêts de communauté et les suit après le partage. Distinction de Pothier, qu'il faut adopter sous le Code Napoléon.

437. Lorsque l'immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'hypothèque frappe-t-elle sur le bien donné en échange et sur le bien reçu en échange? Renvoi.

437 *bis.* Cas où il y a hypothèque judiciaire, et non hypothèque purement conventionnelle. Lorsqu'un jugement confirme un titre donnant hypothèque spéciale, il y a hypothèque générale. Nuances à cet égard.

438. Tous jugements n'engendrent pas hypothèque. Quels jugements donnent naissance à l'hypothèque judiciaire.

439. Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire? Opinions diverses. Dissentiment avec l'opinion commune et celle de la Cour de cassation,

l'ennemi, produit-il hypothèque en France lors de l'évacuation ?

459 *bis*. Effet des jugements rendus contre une succession. Dissentiment avec la Coûr de cassation et M. Grenier.

COMMENTAIRE.

435 *bis*. Le gage judiciaire des Romains, appelé *pignus prætorium*, *pignus judiciale*, est fort différent de l'hypothèque judiciaire, telle que nous la connaissons; en sorte qu'on peut dire que cette hypothèque judiciaire est purement du droit français.

En effet, d'après les lois romaines, une sentence ne produisait pas ce résultat, si important dans nos lois, d'affecter tous les biens du débiteur condamné par une hypothèque générale. La chose jugée ne produisait qu'une simple action personnelle *in factum, vel ex judicato* (1).

Par cette action, on s'adressait au magistrat à qui il appartenait de connaître de l'exécution de la sentence. Le seul point qu'il y avait à débattre devant lui était de savoir s'il y avait ou non chose jugée. Lorsque le magistrat acquérait la certitude qu'il y avait chose jugée, alors il pourvoyait à l'exécution.

De là, le *pignus prætorium* par lequel le magistrat mettait le créancier en possession des biens du débiteur absent, pour les détenir *merâ custodiâ*, puis, après un certain délai, lui permettait de les faire vendre *sub hastâ*.

Lorsque le débiteur condamné *était présent*, le magistrat lui accordait un délai s'il le requérait; mais s'il le laissait écouler sans payer, il commettait un appariteur qui saisissait les biens du débiteur, et en faisait ce qu'on appelait *pignus judiciale*. Si le débiteur ne payait pas dans les deux mois, les biens étaient mis en vente.

Cujas a marqué les différences assez nombreuses qui

(1) Pothier, Pand., t. 3, p. 167, nos 42, 46. Brodeau sur Louet, lettre H, som. 25.

existent entre le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* (1). Je n'entrerai pas dans ce détail plus curieux qu'utile; je me bornerai à remarquer que ces deux gages ressemblent bien plus à la saisie immobilière ou exécution qu'à l'hypothèque. C'est la remarque de Mornac : *Vernaculo nostro forensi dixerimus nunc, saisie réelle* (2). A la vérité Justinien, dans la loi 2, C. *De prætor. pignore*, donne le nom d'hypothèque au *pignus prætorium*. Mais la raison en est qu'une fois la saisie opérée, le créancier avait les biens du débiteur dans ses mains à titre de gage, et qu'il se trouvait par conséquent dans une position semblable au créancier qui agissait par l'action hypothécaire. Alors il n'est pas étonnant que le mot hypothèque se soit présenté sous la plume du législateur, d'autant que, dans le langage des lois romaines, les mots *pignus* et *hypotheca* sont souvent employés l'un pour l'autre.

Ainsi, je ne nie pas que l'exécution du jugement ne produisît des effets semblables à ceux de l'hypothèque, c'est-à-dire la saisie ou mise en possession des biens. Mais il y avait cette différence entre l'exécution du jugement par voie de saisie, et la poursuite de l'hypothèque par l'action hypothécaire, que celui qui saisissait par l'action hypothécaire avait sur la chose un droit réel antérieur à sa mise en possession; au lieu que, dans la saisie par exécution du jugement, le créancier ne commençait à avoir droit réel que par la saisie ordonnée par le juge; avant cette ordonnance et cette mise en possession, le jugement ne donnait au créancier qu'une action personnelle. Ces considérations me portent à penser que M. Grenier (1), qui a vu dans le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* des Romains la source de notre hypothèque judiciaire, est tombé dans l'erreur; cela est si vrai que, dans notre droit, on ne pourrait jamais prétendre à

(1) *Respons. Papinian.*, lib. XI, ad leg. 12, *Pro emptore.*
(2) L. 26, D., *De pign. act.* Répert., Hyp., sect. 1, § 6, n° 1. Brodeau, *loc. cit.*
(1) Hyp., t. 1, p. 403, n° 192.

une hypothèque judiciaire avant le jugement définitif; au lieu que, par les lois romaines, on obtenait le *pignus prætorium* par le seul fait de l'absence du débiteur, et avant la sentence définitive (1).

L'ancienne pratique de la France était conforme à cet usage des Romains, et Brodeau (2) dit avoir vu dans des décisions manuscrites de Jean Desmares, qu'un arrêt n'était pas exécutoire contre les héritiers et tiers détenteurs du condamné, mais se résolvait en action et non en exécution ; c'est aussi ce qui est remarqué par Bourdin (3), par Papon (4) et par Dumoulin (5).

L'ordonnance de Moulins changea cet état de choses. Par l'art. 35 il fut dit que « dès lors, et à l'instant de la *condamnation* donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, il serait acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné, pour l'effet et exécution des jugement et arrêt par lui obtenus. »

Telle est la véritable origine de l'hypothèque judiciaire dans le droit français. La loi hypothécaire du 9 messidor an III la maintint par un article ainsi conçu : « Il résulte en faveur du créancier hypothèque sur les » biens présents et à venir de son débiteur, contre lequel » il est intervenu soit un jugement de reconnaissance » d'écrit privé *ou de condamnation*, soit une sentence » arbitrale rendue exécutoire (art. 10). » On retrouve l'hypothèque judiciaire dans l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an VII : « L'hypothèque existe... 2° pour une *créance* résultant d'une *condamnation judiciaire.* » Le Code Napoléon a cru devoir consacrer cette antique création de notre jurisprudence. Il l'a conservée avec les caractères principaux qu'elle avait à son origine, et comme l'ordonnance de Moulins, il veut qu'elle date du jour de la

(1) Loyseau, Déguerp., liv. 3, ch. 6, n° 19.
(2) Sur Louet, lettre H, som. 25.
(3) Sur l'ord. de 1539, art. 92.
(4) Liv. 18, t. 6, art. 35.
(5) Sur Reims, art. 180.

sentence définitive et qu'elle soit générale. La raison qui a déterminé le législateur à donner à la chose jugée la sanction d'une hypothèque, c'est la nécessité d'assurer l'exécution des arrêts de la justice. D'après les principes généraux, lorsque les obligations d'une partie sont déclarées par un jugement, elles deviennent plus étroites et plus respectables; la condamnation forme en quelque sorte une obligation nouvelle qui sanctionne la première, convertit l'action primitive en action *judicati*, et rend ainsi meilleure la condition du créancier (1). Il est donc naturel que lorsqu'une décision judiciaire est venue fortifier le contrat ou l'obligation originaire, la créance se trouve investie d'une hypothèque qu'elle n'avait pas auparavant : *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* (2).

(1) L. 29. D. *De novat.*

(2) Même loi. Néanmoins ces considérations n'avaient pas protégé l'hypothèque judiciaire contre les attaques dont elle fut l'objet lors de la discussion récente sur le projet de réforme hypothécaire. Déjà en 1841, quand le gouvernement, qui préparait cette réforme, consulta préalablement les Cours et les Facultés, six Cours et sept Facultés appelèrent son attention sur l'hypothèque judiciaire, dont elles ne demandaient pas la suppression, à la vérité, mais qu'elles critiquaient d'une manière assez vive, et que dans tous les cas elles voulaient restreindre, soit dans son caractère, soit dans ses effets. V. à cet égard, les documents publiés par M. le garde des sceaux, t. 1, introduction, p. 207 et suiv., et t. 3, p. 261, 266, 275, 280, 238, 286, 288. Mais plus récemment, la réforme procédait d'une manière bien plus radicale. A partir du projet de loi présenté par la commission instituée le 15 juin 1849 par le Président de la République, jusqu'à celui qui avait été préparé pour être soumis à la troisième délibération de l'Assemblée, l'hypothèque judiciaire, attaquée avec succès à toutes les phases de la discussion, avait été supprimée toujours, soit d'une manière absolue, soit avec substitution d'un système d'opposition. Ainsi, la commission formée le 15 juin 1849 en proposait la suppression à l'unanimité, par l'organe de M. Persil, son rapporteur (V. le rapport, p. 109 à 124), sans rien mettre à la place. Le conseil d'Etat, saisi par le gouvernement de l'examen du projet, ne fut pas moins absolu. « Le projet, disait le rapporteur, supprime l'hypothèque judiciaire. Cette réforme est sans contre-

436. D'après le droit romain, le *pignus prætorium* n'avait lieu dans les actions réelles que pour la chose qui faisait l'objet de la condamnation.

Mais lorsque la condamnation était personnelle, la

dit l'une des plus importantes de la loi; le conseil y donne son adhésion... La pratique nous apprend que les inscriptions arrivent au moment où la fortune du débiteur s'ébranle; elles s'acquièrent alors au pas de course. Or, quelle préférence légitime peut résulter de cet empressement? La loi civile, qui déclare que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, ne reçoit-elle pas une atteinte, lorsque de semblables primes sont le fruit de la seule diligence? D'un autre côté, comment, dans l'ensemble de la législation, expliquer le contraste que ces faits établissent entre la loi civile et la loi commerciale, si jalouse de l'égalité des créanciers dans la faillite du débiteur? Les motifs énoncés justifient pleinement pour le conseil la suppression de l'hypothèque judiciaire. » (V. le rapport, p. 36 et suiv.). Le résultat fut le même dans la commission de l'Assemblée nationale (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 21 à 31).

Jusque-là, l'hypothèque judiciaire avait trouvé peu de défenseurs, et le rejet en avait été prononcé sans que rien fût mis à la place. Mais après la première lecture du projet, les réclamations commencèrent à surgir. Presque tous les tribunaux de commerce et un grand nombre de chambres de commerce demandèrent le maintien de l'hypothèque judiciaire comme indispensable au crédit commercial ; trois chambres de notaires le demandèrent également. La chambre des avoués de Paris éleva aussi la même réclamation et la justifia par des considérations bien faites pour frapper l'attention du législateur. (V. Observations de la chambre des avoués, brochure in-4°, p. 10 et suiv.) C'est alors que la commission de l'Assemblée se ravisant, fit un article additionnel (c'est l'art. 2163 de la rédaction soumise à la seconde délibération), qui, sans revenir sur la suppression, posa pour la première fois le principe des *oppositions*, et fut voté le 22 février 1851, mais après une discussion fort vive (V. le *Moniteur* de 1850, p. 3615-3625, et le *Moniteur* de 1851, p. 537), à la suite de laquelle on reconnut la nécessité de restreindre dans son application ce principe nouveau qui venait d'être posé. De là la rédaction définitive qui avait été préparée pour la troisième délibération, et qui était ainsi conçue : « Tout créancier peut former, au bureau de la conservation des hypothèques, opposition sur les immeubles de son débiteur, lorsqu'il est porteur, — soit d'une obligation notariée, dont le montant est liquide et exigible, — soit d'un jugement de condamnation au

mise en possession avait lieu pour tous les biens par le droit ancien (1). Justinien la restreignit *juxtà mensuram declarati debiti* (2).

Lorsqu'on avait recours au *pignus judiciale*, on pouvait saisir tous les biens du débiteur condamné; mais il fallait commencer par les meubles, puis on venait aux immeubles, enfin aux créances et actions.

Comme nous avons conçu l'hypothèque judiciaire sur d'autres bases que les Romains, nous avons aussi d'autres principes sur ses résultats. Ainsi, dès le moment de la sentence, tous les biens *présents et à venir* du condamné demeurent affectés tacitement par la puissance de cette même sentence (3).

payement d'une somme liquide ou provisoirement évaluée par le tribunal; — soit d'un jugement de reconnaissance ou de vérification de la signature apposée à un acte sous seing privé contenant une obligation liquide.— Dans ce dernier cas, si le jugement a été rendu avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation, il ne peut être formé opposition en vertu de ce jugement qu'à défaut de payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité. — A partir de l'opposition, aucune hypothèque ne peut être acquise; et aucune somme due par le nouveau propriétaire, à titre soit de prix, soit d'évaluation faite pour la purge, ne peut être valablement payée au préjudice de l'opposant.» Tel est le résultat auquel la réforme aboutissait en France, sur cette particularité du régime hypothécaire. On voit que, sortie du même point de départ, la suppression de l'hypothèque judiciaire, la loi récemment votée en Belgique est arrivée à un résultat inverse. Là, le projet primitif organisait le principe des oppositions qu'il mettait à la place de l'hypothèque judiciaire; c'est par la discussion qu'on arriva à la suppression pure et simple de ce système et de l'hypothèque elle-même (V. ma Préface, p. XXIV, à la note). Cela est plus radical et c'est aussi plus logique; car enfin, dès que l'hypothèque judiciaire est supprimée, pourquoi la faire renaître sous une autre dénomination? Mais l'innovation est-elle heureuse? Voilà la question. Et je dois dire qu'un parti nombreux s'était formé dans l'Assemblée, qui, frappé des inconvénients de la suppression, se proposait, pour résoudre cette question, de rejeter le projet.

(1) Voyez au Dig., *In quibus causis in posses.*

(2) Authent. *Et qui jurat*, C. *De bonis auctor. jud.*

(3) *Infrà*, n° 443.

Seulement cette hypothèque est soumise à l'inscription. La loi, dont le système est tout d'affection pour la publicité de l'hypothèque, a cru devoir restreindre, autant que possible, le nombre des hypothèques occultes, et ne pas étendre aux hypothèques judiciaires l'exemption d'inscription accordée aux hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées.

L'hypothèque judiciaire portant sur les biens à venir, de même que sur les biens présents, on a demandé si une seule inscription suffisait pour frapper tous les biens présents et à venir, ou bien s'il était nécessaire de prendre inscription à mesure des acquisitions faites par le débiteur.

Mais il a été décidé, par un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1819, qu'une seule inscription, prise en vertu d'un jugement, comprend tous les biens présents et à venir sis dans l'arrondissement du bureau (1).

En effet, l'hypothèque judiciaire est générale, et puisque l'inscription a pour but de la conserver, il s'ensuit qu'elle la conserve dans son intégrité, et par conséquent avec son caractère de généralité. Ce raisonnement se fortifie des inductions qu'on tire de l'art. 2148, § final, dont je parlerai *infrà*. Au surplus, on peut voir sur cette question M. Grenier, qui, après avoir épuisé tous les arguments pour et contre, émet une doctrine conforme à l'arrêt de la Cour de cassation (2).

436 *bis*. Puisque je viens de m'occuper du principe, que l'hypothèque judiciaire affecte tous les biens présents et à venir, je dois examiner une question qui se

(1) Dalloz, Hyp., p. 180, 181. *Junge* Lyon, 18 fév. 1829 (Sirey, 29, 2, 239); Metz, 23 avril 1823 (Sirey, 25, 2, 88). A moins que le créancier ne se soit borné à prendre inscription *sur les immeubles que son débiteur possède au moment du jugement.* Cass., 21 novembre 1827 (Sirey, 28, 1, 163).

(2) T. 1, n° 193. *Junge* Persil, Quest., t. 1, p. 295. Rép., t. 16, p. 445. *Infrà*, n° 691. Voir dans le même sens, arrêt de Paris du 23 février 1835 (Sirey, 35, 2, 209. Dalloz, 35, 2, 163).

rattache à ses développements. C'est de savoir si le jugement rendu contre une femme mariée sous le régime dotal donne hypothèque sur sa dot.

Pour résoudre cette difficulté, on a coutume de distinguer deux cas.

Le premier, lorsque la dette qui a motivé la condamnation est contractée durant le mariage; le second, lorsqu'il s'agit d'une dette antérieure au mariage.

Dans le premier cas, nul doute que la dot ne puisse pas être grevée de l'hypothèque judiciaire. Le fonds dotal est inaliénable, même après la séparation de biens, et ne peut pas être plus hypothéqué que vendu. S'il en était autrement, la femme pourrait réduire à une véritable chimère l'inaliénabilité de la dot, en contractant des dettes, et en ne les payant pas (1). M. Grenier professe à tort une opinion contraire (2).

Dans le second cas, il faut considérer d'abord que, suivant l'art. 1558 du Code Napoléon, l'immeuble dotal peut être aliéné, *mais seulement avec permission de justice*, pour payer les dettes de la femme qui ont une date antérieure au mariage.

Quel est le but de cette disposition de la loi? On a voulu que la permission de la justice intervînt, afin que les fraudes fussent prévenues, afin que la femme ne pût vendre des biens au delà de ce qui serait nécessaire pour payer les dettes.

Suit-il de là que la femme ne peut hypothéquer ses biens dotaux, pour dettes antérieures au mariage, qu'avec autorisation de justice?

En thèse générale, l'affirmative est incontestable : car la faculté d'hypothéquer marche sur la même ligne que la faculté d'aliéner. Ainsi, de même qu'une femme ne peut vendre son fonds dotal qu'avec permission de jus-

(1) Favre, Code, liv. 5, t. 7, déf. 6. Limoges, 8 août 1809. (Sirey, 9, 2, 386). Persil, Quest., t. 1, p. 228.
(2) T. 1, n° 205.

tice, de même elle ne peut l'hypothéquer qu'avec permission de justice pour dettes antérieures au mariage.

Mais lorsqu'il s'agit, non pas d'une hypothèque conventionnelle, mais d'une hypothèque judiciaire, on doit dire que la permission d'hypothéquer se trouve implicitement comprise dans le jugement de condamnation ; car on *quasi-contracte* en jugement. On doit supposer qu'il y a eu convention tacite de la femme au profit de ses adversaires, pour s'obliger à payer la dette si elle était reconnue fondée, et à hypothéquer tous ses biens présents et futurs ; et comme il intervient un jugement qui reconnaît la légitimité de la dette, il faut dire que le juge a comme adhéré à la promesse d'hypothèque générale sous-entendue dans la comparution en jugement.

On sent, en effet, que notre cas est fort différent de celui où la femme accorde volontairement une hypothèque conventionnelle. Dans cette dernière hypothèse, elle peut, par collusion, consentir des hypothèques plus considérables que ce qui est juste et nécessaire : mais, lorsque la femme est poursuivie, que c'est contre sa volonté qu'elle est condamnée, et que la justice arrive pour mesurer l'étendue de ses obligations, alors les inconvénients cessent tout à fait. Cette opinion est aussi celle de M. Persil (1). On peut l'étayer d'un argument tiré de l'art. 2126.

436 *ter*. Pothier (2) examine la question de savoir si l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement obtenu contre le mari frappe les conquêts de communauté, de manière à suivre après la dissolution du mariage l'immeuble échu dans le partage de la femme.

Voici comme il la résout. S'il s'agit d'une dette contractée par le mari durant la communauté, on doit dire que l'immeuble de communauté échu à la femme pour

(1) Q., t. 1, p. 287. *Junge* Riom, 2 juin 1840 (Sirey, 40, 2, 298).

(2) Communauté, n[os] 752 et suiv.

son lot n'en demeure pas moins soumis à l'hypothèque; car le mari, maître de la communauté, a pu aliéner et hypothéquer, et sa femme, en acceptant la communauté, est censée avoir participé à tout ce qu'a fait son mari.

Mais si la dette avait été contractée par le mari antérieurement au mariage, quoique la condamnation fût postérieure, l'hypothèque, tant que la communauté existerait, pourrait bien frapper les biens de cette communauté; mais à sa dissolution, elle devait se restreindre aux biens du mari : car, par le partage, le mari est censé n'avoir eu de propriété en son nom personnel que sur la portion à lui dévolue. Ces deux décisions ne peuvent qu'être approuvées.

437. Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'immeuble reçu en contre-échange est-il hypothéqué, et l'immeuble donné reste-t-il soumis à l'hypothèque? Voyez *suprà*, n° 434 *bis*.

437 *bis*. Dire que l'hypothèque judiciaire est celle qui émane des jugements, c'est énoncer une de ces vérités si triviales qu'elles paraissent inutiles à proclamer. Mais ce qui n'est pas toujours aussi clair, c'est de savoir quand l'hypothèque prend sa source dans un jugement, comme, par exemple, dans le cas suivant. Un débiteur s'est obligé, par acte sous seing privé, à donner une hypothèque spéciale sur certains immeubles, et à en passer acte authentique. S'il refuse, et qu'il y soit forcé par un jugement déclarant qu'à défaut de ce faire le jugement tiendra lieu de contrat, l'hypothèque qui sera inscrite en vertu de ce jugement sera-t-elle judiciaire ou conventionnelle?

On peut dire, en faveur de l'hypothèque conventionnelle, que le jugement n'a fait qu'adhérer à la convention, et qu'il ne doit pas avoir des effets plus étendus. Ainsi, dans ce système, l'hypothèque ne doit frapper que sur les biens désignés dans la convention.

Mais il faut répondre que l'hypothèque est judiciaire :

car le jugement a reconnu dans l'espèce une obligation préexistante, et son effet a été d'attacher tacitement à cette obligation une hypothèque générale. Peu importe qu'originairement il y ait eu seulement promesse d'une hypothèque spéciale. Le jugement a étendu l'obligation que le débiteur a à se reprocher de n'avoir pas accomplie. Car, en ce qui concerne l'hypothèque, il y a une grande différence entre l'obligation imposée par un jugement et l'obligation imposée par un contrat. Ici l'hypothèque n'a d'étendue que celle que lui ont donnée les parties : là l'hypothèque est générale.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt du 20 avril 1825 (1). En voici les termes relatifs au point de droit : « Attendu qu'aux ter-
» mes de l'art. 2123 du Code Napoléon, l'hypothèque
» judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires,
» soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de
» celui qui les a obtenus.

» Que l'art. 2148, dans son dernier paragraphe, en
» s'occupant du mode des inscriptions légales ou judi-
» ciaires, et en employant ces expressions, à *défaut de con-*
» *vention*, n'a pas exclu l'application de l'art. 2123,
» *lorsqu'il existe une convention, et que, néanmoins, les*
» *contestations des parties* les ont amenées *devant les tri-*
» *bunaux, et ont reçu une décision judiciaire qui devient*
» *un nouveau titre légal* (2). »

D'où il faut conclure que, lorsqu'un jugement confirme un titre portant promesse d'hypothèque spéciale, on ne peut pas appliquer la maxime : *confirmatio nihil novi juris addit.* Une hypothèque générale prend la place d'une hypothèque spéciale.

Mais que devient l'hypothèque générale, dans le cas où le débiteur, satisfaisant à la condamnation, fournit

(1) Dalloz, 25, 1,276.

(2) V. aussi Répert., t. 16, p. 402, et t. 17, v° Titre confirmatif.

l'hypothèque spéciale convenue? V. *infrà*, art. 2161, Code Napoléon, n° 767.

Lorsqu'il y a une convention de laquelle résulte l'établissement définitif d'une hypothèque spéciale, si, par la suite, ce titre étant critiqué par le débiteur pour vice quelconque, le créancier obtient contre son débiteur un jugement qui le déclare valable et ordonne qu'il sera exécuté, il a alors deux hypothèques, l'une spéciale et conventionnelle, l'autre générale et judiciaire. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêts des 29 avril 1823 (1) et 13 décembre 1824 (2).

Mais le créancier ne peut faire usage de son hypothèque générale qu'autant que son hypothèque spéciale est insuffisante; et si elle suffit, les créanciers du débiteur peuvent le renvoyer à se faire payer sur les biens grevés de cette hypothèque spéciale. C'est ce que j'expliquerai plus tard (3).

438. Tout jugement quelconque, dit M. Tarrible, n'engendre pas une hypothèque (4) ; et en effet, il n'y a que les jugements qui condamnent à une *obligation* qui puissent produire cet effet; car on ne conçoit pas qu'une hypothèque adhère à quelque chose qui ne contiendrait pas *une obligation* principale (5).

Nous disons que l'hypothèque judiciaire ne ressort que des jugements de condamnation ; c'est ce que déclaraient expressément l'ordonnance de Moulins, la loi du 9 messidor an III et celle du 11 brumaire an VII, dont nous avons rappelé les termes au n° 435 *bis*. Il est vrai que l'art. 2123 du Code Napoléon ne se sert pas d'expressions aussi énergiques et aussi claires; mais,

(1) Dalloz, Hyp., 178.
(2) Dalloz, 25, 1, 39. Répert., t. 17, Titre confirmatif.
(3) N° 762.
(4) Répert., Hyp., p. 905, n° 2.
(5) V. Cassation, 4 juin 1828 (Sirey. 28, 1, 347). Bourges, 31 mars 1830 (Sirey, 30, 2, 187). Grenoble, 28 mai 1831 (Sirey, 32, 2, 95). Cassation, 17 janvier 1844 (Sirey, 44. 1, 419).

outre qu'il doit être interprété par les lois qui l'ont précédé, il faut dire qu'une pensée toute semblable ressort implicitement de sa contexture. En effet, par ces mots, *en faveur de celui qui les a obtenus*, il suppose évidemment qu'il y a un vainqueur et un vaincu ; que le jugement, en favorisant l'un, a fait succomber l'autre; qu'une lutte était engagée sur un point déduit en jugement, et que la décision n'a terminé le combat qu'en condamnant la prétention la moins juste et la moins fondée.

C'est en vain que, pour donner plus de latitude à l'art. 2123, on argumenterait de l'art. 2117, qui fait résulter l'hypothèque des jugements ou *actes judiciaires;* car, par ces derniers mots, l'art. 2117 n'a voulu faire allusion qu'aux reconnaissances ou vérifications faites en jugement, ou aux ordonnances judiciaires d'exécution des sentences arbitrales, lesquelles emportent aussi hypothèque judiciaire, aux termes de l'art. 2123.

Et, comme il n'y a pas de condamnation possible sans une obligation à remplir, il s'ensuit que les jugements qui n'obligent pas la partie à donner ou à faire quelque chose ne sont pas accompagnés de la sanction de l'hypothèque.

Ainsi, un jugement préparatoire et d'instruction, un jugement qui ordonnerait un rapport d'experts, une descente sur les lieux, ne produiraient pas d'hypothèque. En effet, où est l'obligation imposée aux parties, où est par conséquent la possibilité d'asseoir une hypothèque(1)? Aussi notre article dit-il que l'hypothèque judiciaire ne

(1) Ainsi, il a été jugé avec raison que l'hypothèque ne s'attache pas au jugement portant nomination d'un expert pour constater la réception des travaux dans le cas de l'art. 2103, n° 4, C. Nap. Bordeaux, 26 mars 1834 (Sirey, 34, 2, 375) ; ni à celui qui, avant faire droit, renvoie devant un arbitre rapporteur. Paris, 26 décembre 1844 (Sirey, 45, 2, 174). — V. cependant Montpellier, 7 janvier 1837 (Sirey, 38, 2, 415), et 2 juin 1841 (Sirey, 42, 2, 65).

résulte que de jugements *définitifs* ou *provisoires :* elle ne peut donc résulter de jugements prononçant des avant-faire-droit. On verra plus bas plusieurs applications de ces principes (1).

« Cela posé, dit encore M. Tarrible (*loc. cit.*), nous » devons dire que les jugements qui imposent à l'une » des parties une obligation envers l'autre, ou qui dé- » clarent légitime une obligation préexistante, engen- » drent seuls hypothèque judiciaire.

» Quel que soit l'objet de l'obligation, qu'elle con- » siste à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque » chose, l'effet est le même. Lorsqu'un jugement im- » pose en effet une obligation, ou cette obligation con- » siste à donner une somme déterminée, et alors l'objet » de l'hypothèque concomitante ne peut être équivoque : » ou elle consiste à faire ou à ne pas faire quelque » chose ; et comme cette obligation, selon l'art. 1142 du » Code Napoléon, se résout en dommages et intérêts en » cas d'inexécution de la part du débiteur, celui-ci se » trouvera, en dernière analyse, obligé à payer une » somme de la même manière que celui qui est directe- » ment obligé à payer une somme fixe, et conséquem- » ment l'hypothèque aura aussi un objet positif. A la » vérité, cet objet restera indéterminé dans sa valeur, » jusqu'à ce qu'un nouveau jugement, rendu sur la » preuve de l'inexécution, ait liquidé les dommages et » intérêts : mais une créance indéterminée dans sa va- » leur n'en est pas moins susceptible d'hypothèque, » pourvu qu'elle soit fondée sur un titre capable de lui » conférer ce droit, ainsi que le porte l'art. 2132. »

Nous allons voir l'application et la portée de ces principes.

439. Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire ?

(1) N[os] 439 à 442 *ter*.

Les auteurs (1) et la jurisprudence (2) concourent en majorité à établir l'affirmative.

Néanmoins, il ne faut pas croire que cette opinion soit sans contradicteurs; et, quoique les dissidents soient en minorité, il importe, puisque l'on discute encore, d'examiner les raisons de part et d'autre.

Lorsque la Cour de cassation se prononça la première fois sur cette question, en faveur de l'hypothèque judiciaire, elle le fit sur les conclusions *contraires* de M. Giraud, avocat général, et au surplus ses arrêts ne sont que des arrêts de rejet; or, on sait que la Cour de cassation a une inclination très-prononcée pour les rejets, ce qui balance singulièrement l'autorité de ceux de ses arrêts qui aboutissent à ce résultat.

Par arrêt du 31 mars 1830, la cour de Bourges a abandonné sur quelques points la jurisprudence de la Cour de cassation; mais elle l'a fait avec timidité (3). Elle a reconnu le principe général posé par la Cour de cassation, savoir: que tout *mandataire* ou *comptable*, à qui il est ordonné de rendre compte, est soumis à l'hypothèque générale; mais elle a cherché à se placer dans une exception : il s'agissait d'un individu dans le compte duquel le tribunal avait ordonné des redressements d'erreurs. La cour de Bourges pensa qu'une pareille décision n'entraînait pas d'hypothèque générale.

Enfin M. Pigeau, que (je ne sais pourquoi) l'on ne cite pas dans la discussion de cette question (4), tient franchement une opinion contraire à la Cour de cassation (5).

(1) MM. Grenier, t. 1, p. 425. Persil, Q., t. 1, p. 180. Dalloz, Hyp., p. 171, n° 2. Duranton, t. 19, n° 337 *bis*. Baudot, n° 464.

(2) Cassat., 21 août 1810. Lyon, 11 août 1809. Dalloz, Hyp., p. 177. Cassat., 4 août 1825, Dall., 25, 1, 388. — *Junge* Colmar, 26 juin 1832 (Sirey, 32, 2, 650). Cassation, 16 février 1842 (Sirey, 42, 1, 714).

(3) Dall., 1830, 2, 163.

(4) *Ibid.*

(5) T. 2, Procéd. civ., p. 398.

L'avis de cet auteur me paraît devoir être préféré. Le jugement qui ordonne de rendre compte n'impose pas l'obligation de payer une somme. Il impose seulement le devoir de fournir un compte. Le *rendant est débiteur d'un compte et non débiteur de sommes,* comme le dit M. Pigeau ; qui sait si, par l'événement, il ne sera pas créancier? Or, l'hypothèque judiciaire ne s'attache qu'à l'obligation produite par le jugement. Il ne pourrait tout au plus y avoir hypothèque, que pour forcer à l'obligation de rendre le compte, et pour servir de garantie aux moyens de contrainte organisés par l'art. 534 du Code de procédure civile. Mais une fois le compte présenté et affirmé, l'obligation portée par le jugement étant remplie, l'hypothèque doit disparaître. Pour que le rendant soit débiteur de sommes, il faut aller plus loin : il faut ou qu'il y ait un reliquat avoué par le rendant et résultant du compte présenté et affirmé, et alors l'hypothèque sortira de l'exécutoire prononcé par le juge commissaire (1) ; ou bien que le reliquat, d'abord dénié par le rendant, surgisse des débats du compte, et alors c'est le jugement qui le fixe, et c'est de ce moment que commence l'hypothèque, parce qu'alors commence l'obligation judiciaire de payer. Avant cela, l'hypothèque est prématurée : elle est sans cause.

On oppose qu'un jugement de reddition de compte comprend nécessairement l'obligation de payer le reliquat, s'il y en a. C'est comme si l'on disait qu'un jugement qui ordonne une preuve contient une condamnation implicite pour celui qui ne la fera pas, et qu'un tel jugement produit hypothèque générale. Sans doute, si un tel résultat pouvait être admis, ce serait un grand triomphe pour la maxime *tout est dans tout*, mise en honneur par M. Jacotot ; mais je doute qu'ici la raison s'en accommode.

Le jugement de reddition de compte est fondé sur un

(1) Art. 535 du Code de procédure civile.

doute : il ignore ce qui arrivera. Le juge ne dit pas même de plein saut : S'il y a un reliquat, je vous condamne dès à présent à le payer. Le juge fait tout simplement espérer qu'il condamnera, si le reliquat ressort du compte. Il préjuge ce qu'il fera, mais il ne juge pas, ce qui est fort différent. Et comment jugerait-il, puisqu'il hésite et que la cause n'est pas instruite? Est-ce qu'un juge prononce des condamnations conditionnelles; est-ce qu'il engage sa décision avant de savoir à quoi s'en tenir? Et puis, comment pouvez-vous dire, vous demandeur, qui réclamez, par exemple, le payement d'une somme de 4,000 francs, comment pouvez-vous dire que vous avez un titre dans le jugement qui ordonne la reddition du compte? Est-ce que votre prétention a été accueillie? Votre victoire ne dépend-elle pas de preuves et de moyens ultérieurs qui peuvent tourner à votre confusion? En supposant même que le compte prouve ce reliquat, n'est-il pas possible que la prescription vous fasse échouer dans votre action? Par quel aveuglement vous obstinez-vous donc à trouver un titre judiciaire là où la justice n'a exprimé qu'un doute; et ne voyez-vous pas que l'obligation de payer le reliquat s'attache si peu de plein droit à ce jugement, que la loi veut qu'elle soit ultérieurement prononcée par le juge commissaire ou par le tribunal, suivant l'issue du compte (1)?

440. Un jugement qui nomme un curateur à une succession vacante emporte-t-il hypothèque?

M. Persil (2) examine cette difficulté avec détail et la résout avec raison pour la négative. En effet, il ne résulte du jugement aucune condamnation ni créance contre le curateur : il n'a pas encore géré, il ne doit rien : peut-être, par la suite, son administration pourra-t-elle donner lieu à des reproches qui attireront sur lui une res-

(1) V. *infrà*, les n°s 440, 442, auxquels ceci doit se lier.

(2) Quest., t. 1, p. 272. — *Junge* M. de Fréminville, *Minorités*, t. 2, n° 1126.

ponsabilité. Mais il n'est redevable de rien, lorsqu'il n'est pas encore entré en fonctions.

Le jugement de nomination ne le soumet pas même à l'obligation de rendre compte ultérieurement. C'est la loi seule qui lui en fait un devoir, lorsqu'il aura géré; car tant qu'il n'a pas accepté la gestion, il n'y a pas encore de contrat, il n'est pas mandataire : il n'est tenu à aucune obligation. Je conviens que s'il s'immisce dans la gestion, il sera tenu de rendre compte. Mais, comme nous le verrons tout à l'heure, ce ne sera pas en vertu du jugement, mais par la force du contrat extra-judiciaire, formé par son acceptation. Pour que le jugement de nomination fît peser sur lui l'obligation judiciaire de rendre compte, il faudrait qu'il y eût eu un demandeur et un défendeur, savoir : un demandeur réclamant un compte, un défendeur le refusant; et que, sur ce débat, le juge eût prononcé contre le défendeur, *en faveur du demandeur* qui aurait obtenu gain de cause (1). Or, je le demande, où est ici le vainqueur, où est le condamné? Et comment une hypothèque judiciaire pourrait-elle sortir d'un état de choses dans lequel il n'y a ni perdant ni gagnant, où personne n'a tort, où personne n'est condamné? Il est si vrai que le jugement de nomination n'a aucune force, même implicite, à cet égard, que l'on est obligé de prendre un nouveau jugement pour forcer le curateur qui a administré à rendre compte.

M. Dalloz a cependant soutenu le contraire (2). Il argumente beaucoup de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui attribue l'hypothèque judiciaire à un jugement de reddition de compte; et, marchant d'induction en induction, il voit dans la nomination d'un curateur l'obligation *implicite* de rendre compte, et par conséquent l'obligation *implicite* de payer le reliquat, s'il y en a. D'après ce que nous avons dit au numéro

(1) *Suprà*, n° 438, et texte de l'art. 2123.
(2) Hyp., p. 158, n°s 2 et 9, et p. 171, n° 2. *Suprà*, n° 423.

précédent, on pressent que nous ne sommes pas ébranlé par cette argumentation. Seulement nous ferons remarquer jusqu'à quels résultats outrés peut conduire ce système de *conditions implicites*, dont la Cour de cassation a jeté les bases dans la jurisprudence que j'ai cru devoir critiquer au numéro précédent.

L'opinion de M. Dalloz a cependant reçu l'assentiment de la cour de Paris, dans une espèce qui, sans être absolument semblable à celle que je viens d'examiner, se résout cependant par les mêmes moyens.

Goupy avait provoqué l'interdiction de sa sœur : deux jugements l'avaient nommé administrateur provisoire des biens de celle-ci. Depuis cette époque, la poursuite en interdiction avait été abandonnée, et Goupy avait continué sa gestion ; mais, quelque temps après, un tuteur *ad hoc*, nommé à la demoiselle Goupy, prit inscription sur les biens de Goupy, *tant en vertu de la loi que des deux jugements*. — Goupy demande radiation, et un jugement du tribunal de la Seine accueille sa réclamation.

Sur l'appel, le tuteur *ad hoc* fut à peu près obligé de convenir que l'inscription ne pouvait se soutenir à titre d'hypothèque légale ; mais il prétendit que les deux jugements qui avaient nommé Goupy administrateur provisoire conféraient une hypothèque judiciaire pour la sûreté de sa gestion. C'est le système qui fut accueilli par la cour de Paris, malgré les efforts de Me Dupin jeune (1). Son arrêt, du 12 décembre 1833 a été déféré à la Cour de cassation, et j'apprends, par la *Gazette des Tribunaux*, que la section des requêtes a admis le pourvoi. En attendant que la section civile fasse prévaloir les vrais principes, que sa haute science possède si bien, je prendrai l'initiative de quelques observations.

On s'élève, depuis plusieurs années, contre les hypo-

(1) Dalloz, 34, 2, 2 et 3. Sirey, 34, 2, 103. Gazette des Tribunaux du 10 janvier 1834.

thèques légales, qui gênent la circulation d'un nombre immense de propriétés foncières. Sans admettre tous les reproches qu'on adresse sur ce point au Code Napoléon, on conviendra néanmoins que le moment est mal choisi pour sortir des sages limites tracées par la loi, et envelopper d'un vaste réseau d'hypothèques générales le patrimoine de tous ceux que des jugements appellent à gérer, même provisoirement, la fortune d'autrui. C'est là cependant ce que fait la cour de Paris. Au moyen d'un détour qui trompe la pensée du Code Napoléon, elle étend à tous ceux dont les biens sont administrés par un procureur judiciaire la garantie hypothécaire que l'article 2121 n'a voulu attribuer qu'aux mineurs et aux interdits à l'égard de leur tuteur. Et, pour arriver à ce résultat désastreux, que fait-elle? Il lui suffit d'appeler hypothèque judiciaire ce qu'elle n'ose pas appeler hypothèque légale, et ce qui n'est au fond qu'une hypothèque légale, puisque la loi ne veut pas que les administrateurs en question puisent leur mandat ailleurs que dans un jugement. Ainsi, avec ce système, il n'y aura pas un curateur aux biens d'un absent, pas un curateur à succession vacante, pas un gérant nommé en justice, pas un séquestre judiciaire qui ne soit assimilé au tuteur et tenu sous l'hypothèque de tous ses biens. Mais où trouvera-t-on, avec une telle jurisprudence, des mandataires pour tous ces cas? Il faudra même dire que l'absent aura hypothèque judiciaire sur les biens des envoyés en possession provisoire; car l'envoi en possession n'est ordonné que par un jugement (1), et il rend les possesseurs comptables de leur administration envers l'absent, en cas qu'il reparaisse ou donne de ses nouvelles!!! Je crois qu'il suffit d'énoncer de pareils résultats, pour démontrer combien est fautif le système dont une inflexible nécessité les fait sortir.

Mais voyons de plus près l'argumentation de la cour de Paris.

(1) Art. 121.

L'art. 2123, dit-elle, ne fait aucune distinction entre les jugements prononçant une condamnation pécuniaire actuelle, et ceux qui n'imposent qu'une obligation de faire, toujours résoluble en argent pour le cas d'inexécution ; et comme le jugement qui commet un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur à l'interdiction, impose à cet administrateur provisoire l'obligation de gérer et de rendre compte de sa gestion, nécessairement le jugement de nomination doit entraîner hypothèque pour sûreté de cette obligation. Ainsi raisonne la cour de Paris. Mais n'y a-t-il pas, au fond de ses aperçus, une étrange confusion d'idées?

Le jugement qui nomme un curateur à une succession vacante et à un absent, ou un administrateur provisoire à un défendeur à l'interdiction, n'oblige pas la personne désignée à accepter ce mandat. En cas de refus de la part de cette dernière, on ne peut la contraindre à se charger d'une gestion qu'elle entend répudier. Le jugement de nomination n'a pas plus de valeur coërcitive qu'une simple procuration donnée à un particulier par un particulier. Que faut-il donc pour qu'il y ait contrat, et par conséquent une cause d'obligation? Il faut qu'à la nomination se joigne l'acceptation. C'est par l'acceptation seule que la convention est liée, qu'elle prend le caractère et engendre les devoirs du mandat (1).

Il est donc faux de dire que le jugement de nomination emporte avec lui obligation de gérer, de rendre compte, de payer le reliquat : tous ces effets implicites de la chose

(1) C'est pour cela sans doute qu'aujourd'hui l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838 donne aux juges qui nomment un administrateur provisoire à un individu non interdit placé dans un établissement d'aliénés, la faculté de constituer en même temps sur les biens de celui-ci une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par le jugement, sauf au procureur impérial à faire inscrire, dans le délai de quinzaine, cette hypothèque qui ne date que du jour de l'inscription.

jugée sont des chimères. Pour qu'elle les engendre, il lui faut l'adhésion d'un élément nouveau, de l'acceptation de la partie. Il suit de là que l'hypothèque judiciaire ne saurait protéger les droits de celui à qui le compte doit être rendu; car l'hypothèque judiciaire n'est qu'une sanction donnée à l'autorité de la chose jugée : elle ne prête main-forte qu'aux condamnations et aux ordres impératifs émanés de la justice seule ; mais elle reste à l'écart dans les cas où un jugement n'est rien par lui-même, et où il faut qu'il attende le concours volontaire d'une tierce personne, pour devenir quelque chose d'actif. L'adage vulgaire, et presque toujours vrai, est qu'on contracte en jugement; mais, ici, l'axiome reste sans application. Le jugement, loin de former un contrat, n'est que l'un des termes de la convention : il n'a de vertu que si une volonté libre vient lui apporter le second terme dont il est dépourvu. Auparavant, il manque d'un des éléments nécessaires à tout acte : il n'est que la pierre d'attente d'un tout qui n'a pas encore été créé. Or, je demande si le mandat, indirectement issu d'un tel jugement, n'est pas tout aussi volontaire que judiciaire, et s'il n'est pas contraire à la raison de donner les effets d'un jugement à ce qu'un jugement est incapable de produire.

La cour de Paris a cru répondre à cette objection en disant que l'acceptation n'est qu'une condition suspensive qui, une fois intervenue, a un effet rétroactif et fait considérer l'obligation comme parfaite, dès l'instant même où le jugement a été rendu : mais il est assurément difficile d'être plus mal inspiré. Comment la cour de Paris a-t-elle pu oublier que le consentement de la personne avec laquelle on contracte est un des éléments essentiels de la convention, et que, tant que le consentement est inconnu, il n'y a pas l'ombre de contrat? Comment a-t-elle pu voir un contrat conditionnel dans un acte où une seule des parties a parlé? Par quelle étrange préoccupation a-t-il échappé à sa sagacité qu'un contrat, même conditionnel, n'existe que par l'accord de

deux volontés : *duorum in idem placitum consensus* (1)?

Au compte de la cour de Paris, il faudrait donc dire que, lorsqu'on traite avec une personne éloignée et qu'on lui propose, par exemple, de lui acheter une maison, le contrat remonte à la date de la proposition, de telle sorte que l'acceptation du vendeur aura pour conséquence de l'obliger, avant même qu'il n'ait parlé!!! Où en sommes-nous, si les vérités les plus élémentaires du droit se trouvent ainsi compromises?

Pothier avait examiné, dans l'ancienne jurisprudence, une question voisine de celle que nous discutons. On va voir que sa décision est une réfutation péremptoire de l'arrêt de la cour de Paris.

On sait que dans le droit antérieur à la révolution, tout contrat authentique emportait avec lui une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir (2). L'acte authentique faisait donc à peu près ce que nos jugements de condamnation font aujourd'hui. Eh bien! Pothier se demande si une procuration passée par devant notaire donne au mandant hypothèque sur les biens du mandataire, et il n'hésite pas à se prononcer pour la négative. « Car, dit-il, ce n'est pas par la procuration » que le mandataire, qui n'y est pas présent, s'oblige » envers le mandant; ce n'est que par l'acceptation qu'il » fait depuis la procuration. C'est pourquoi, à moins que » cette acceptation ne se fît aussi par un acte devant notaire, le mandant ne peut avoir d'hypothèque sur les » biens du mandataire (3). » La similitude de cette espèce avec la nôtre est frappante. Le jugement de nomination équivaut à la procuration : c'est le *spondes ne* des Romains. L'acceptation est la réponse, le *spondeo*, et comme elle n'a rien de judiciaire, elle repousse l'hypothèque dans notre espèce, comme elle l'exclut dans l'hypothèse tout à fait analogue de Pothier.

(1) V. Pothier, *Mandat*, n° 86.
(2) *Suprà*, n° 392.
(3) *Mandat*, n° 66.

Ces arguments ne s'appliquent pas à un cas dont je parlais tout à l'heure, à celui des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent; car ce sont eux qui sollicitent l'envoi en possession, et le tribunal ne l'ordonne que sur leur demande (art. 120 Code Napoléon). Mais ce qui répond au système qui voudrait, l'arrêt de la cour de Paris à la main, faire peser sur leurs biens une hypothèque générale, c'est que le jugement qui les nomme n'est pas un jugement de condamnation (1); c'est que ce jugement ne statue pas sur la question de responsabilité, laquelle n'a pas été déduite *in judicio;* c'est que l'art. 2123 ne crée l'hypothèque judiciaire qu'en *faveur de celui qui a obtenu le jugement*, et qu'ici c'est précisément en faveur des envoyés en possession que le jugement a été rendu, car ils triomphent dans leur demande. Au surplus, ce qui achève de lever tous doutes, c'est que, d'après l'art. 120, l'envoi en possession ne peut être exécuté qu'autant que l'envoyé a donné caution pour sûreté de son administration. Or, quel rôle jouerait une hypothèque générale, quel secours donnerait-elle à l'absent, déjà suffisamment garanti par l'interposition de la caution? Que ferait d'ailleurs l'absent de cette hypothèque? Il faudrait qu'elle fût inscrite. Qui l'inscrira pour lui? Il n'est plus représenté que par l'envoyé en possession, qui a intérêt à ne pas charger ses biens d'une inscription et qu'aucune loi n'oblige, après tout, à prendre cette mesure.

Ces observations me paraissent donc démontrer, avec la dernière évidence, que le législateur n'a nullement entendu soumettre l'envoyé en possession à une hypothèque générale, bien que l'envoi en possession le rende comptable à l'égard de l'absent; car autre chose est d'être déclaré comptable par suite d'un jugement rendu après résistance, ou d'être comptable en vertu d'une disposition de la loi qu'on n'entend pas éluder.

(1) *Suprà*, n° 438.

Or, je crois que ce résultat est un argument de plus à ajouter à ceux que j'ai fait valoir ci-dessus, pour exempter de l'hypothèque judiciaire tous les administrateurs que la loi fait nommer par des jugements, sans les soumettre à une hypothèque légale.

441. *Quid juris* d'un jugement qui reçoit caution judiciaire? Les biens de cette caution ne se trouvent pas hypothéqués par ce jugement; car il ne prononce contre elle aucune condamnation; les obligations tacites auxquelles la caution est soumise résultent de la loi, et non du jugement, qui ne fait que la recevoir (1).

Suivant M. Persil, on doit même dire que le jugement qui ordonne au débiteur de donner caution, ne soumet ses biens à aucune hypothèque judiciaire. Ce qui le prouve, ajoute cet auteur, c'est qu'après avoir prévu le cas où le débiteur ne trouverait pas de caution, l'art. 2041 ajoute qu'il pourra donner à sa place un gage ou nantissement suffisant.

Or, si, par l'effet du jugement, le créancier eût eu une hypothèque judiciaire, la loi n'eût pas accordé cette dispense. C'eût été, en effet, restreindre le droit du créancier, le limiter à une chose spéciale, alors qu'il aurait eu une hypothèque générale par la prononciation du jugement. Ainsi parle M. Persil (2).

Je ne sais si cette opinion est bien exacte.

Le jugement qui ordonne de fournir caution impose au débiteur une obligation explicite.

Il doit remplir cette obligation sous l'hypothèqu tous ses biens, puisqu'un jugement ne peut astreindre à une obligation sans que tous les biens y soient immédiatement affectés.

Mais il ne faut pas croire que cette hypothèque ait pour objet de répondre du payement de l'obligation principale. Elle ne garantit que les dommages et intérêts, aux-

(1) Persil, Q., t. 1, p. 278, art. 517 et suiv. du Code de procédure civile. *Contrà*, Dalloz, Hyp., p. 171, n° 3.

(2) Quest., t. 1, p. 279.

quels l'obligé pourrait être astreint, faute de fournir la caution ordonnée.

C'est pourquoi cette hypothèque a un tout autre objet que le gage ou nantissement, qui, d'après l'art. 2041 du Code Napoléon, doit être fourni par celui qui ne peut trouver de caution solvable; car ce gage doit garantir le payement de l'objet principal. Ainsi il n'y a, dans ce système, ni confusion d'hypothèque ni lésion d'intérêts : ce sont des garanties différentes pour des cas différents.

Par exemple : Pierre, fermier, s'est obligé, par convention, à me fournir une caution. Il refuse, et j'obtiens contre lui un jugement qui le force à remplir son obligation, c'est-à-dire à me donner la caution promise.

Nul doute qu'à défaut par lui d'obtempérer, je pourrai obtenir des dommages et intérêts. Ce sont ces dommages et intérêts qui seront couverts par l'hypothèque résultant du jugement qui ordonne que la caution sera fournie.

Mais l'hypothèque ne s'étendra pas au delà; et, dès le moment que Pierre m'aura donné caution, c'est-à-dire qu'il aura exécuté le jugement, mon hypothèque générale cessera, et je n'aurai plus de garantie que dans la caution seule.

S'il ne trouve pas de caution, il devra me donner un gage suffisant. C'est pour le forcer à arriver à ce résultat, que le jugement m'a donné hypothèque judiciaire. Cette dernière hypothèque n'est pas le but : elle est le moyen. Aussitôt le gage fourni, l'hypothèque générale doit disparaître.

Il est cependant des cas où le jugement qui ordonne que caution sera fournie ne porte pas hypothèque : c'est lorsque le défaut de présenter cette caution ne se résout pas en dommages et intérêts, mais en une autre peine, dont la garantie ne peut être effectuée par une hypothèque.

Par exemple : le juge ordonne-t-il que le jugement sera exécuté provisoirement, moyennant caution? Si celui qui a obtenu gain de cause ne donne pas caution,

sa peine sera qu'il ne pourra passer outre à l'exécution du jugement; l'on conçoit qu'alors il n'est soumis à aucune hypothèque.

Ainsi encore, un jugement accorde un délai à celui qu'il condamne, moyennant qu'il fournira caution. S'il ne fournit pas cette caution, sa peine sera la perte de ce bénéfice, et l'on conçoit encore que l'hypothèque ne puisse se présenter ici comme garantie (1).

441 *bis.* Un jugement qui homologue un concordat, et ordonne aux parties de l'exécuter, est un jugement portant hypothèque générale au profit de ceux qui l'ont obtenu sur les biens de ceux qu'il soumet à des obligations. Il en est de même de tous les *arrêts convenus*, ou autrement dit d'*expédient.* Une condamnation, quoique consentie, n'en est pas moins une condamnation. *Confessus pro judicato habetur* (2).

441 *ter.* Mais un jugement d'*adjudication* n'emporte pas d'hypothèque. Ce n'est pas là un jugement de condamnation; ce n'est pas même un jugement rendu sur contestation : c'est moins un jugement qu'une formalité judiciaire requise pour donner à un acte une plus grande solennité (3).

442. Un jugement qui ordonne règlement d'un mémoire d'ouvrier n'emporte pas hypothèque, d'après ce que j'ai dit, n° 439. C'est l'avis de M. Persil (4). Il n'y a

(1) Il en est autrement, et le jugement donne hypothèque, si en reconnaissant l'existence d'une créance dont le payement est réclamé, il ne surseoit à en ordonner actuellement le payement que parce que la quotité en est encore incertaine. Grenoble, 21 juillet 1846 (Sirey, 47, 2 ,296).

(2) Bruxelles, 8 mai 1822. Répert., t. 16, p. 402. Idem, 7 janvier 1807. Dalloz, Hyp., p, 173, n° 8, et p. 188.

(3) Grenier, t. 1, n° 200. Delvincourt, t. 3, notes de la p. 158, n° 7. Persil, art. 2122, n° 11. V. au surplus les principes rappelés au n° 438.

(4) Quest., Hyp. jud., § 2. *Contrà,* M. Dalloz, *Hypoth.*, p. 272, n° 4.

pas là de condamnation prononcée, et notre article ne doit s'entendre que d'un jugement emportant *condamnation*, ainsi que je l'ai exposé au n° 438.

La créance résultant du mémoire peut se trouver éteinte par compensation, ou par prescription, ou par novation. Le juge, en ordonnant, par avant faire droit, le règlement du mémoire, n'a pas entendu trancher les questions qui se rattachent à ces points divers. Il ne se lie pas par les mesures successives auxquelles il croit nécessaire d'avoir recours pour découvrir la vérité; il laisse le fond tout à fait intact, et c'est cependant au moment même où il s'abstient de prononcer en définitive, qu'on voudrait que son jugement produisît hypothèque générale sur les points mis en réserve! Quelle confusion d'idées! quel oubli des vrais principes sur la cause de l'hypothèque judiciaire!

442 *bis*. On a élevé la question de savoir si un jugement portant prohibition d'aliéner des immeubles, jusqu'à ce que des opérations de liquidation fussent faites entre parties, entraîne hypothèque judiciaire. On ne conçoit pas qu'il ait pu y avoir du doute à cet égard. Le jugement dont il s'agit imposait l'*obligation de ne pas faire*, et par conséquent l'hypothèque judiciaire y était attachée pour servir de garantie aux dommages et intérêts qui pouvaient en résulter (1).

Mais remarquez bien que, dans un cas pareil, l'hypothèque doit disparaître aussitôt qu'il est prouvé par l'événement que l'obligation dont elle était l'accessoire a été remplie. Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour de Montpellier du 27 novembre 1826, confirmé par arrêt de la section des requêtes du 4 juin 1828 (2). Dans l'espèce que je rapportais au commencement de ce numéro, la cour impériale a décidé que l'inscription hypothécaire valait non-seulement pour sûreté

(1) Cassat., 4 juin 1828. Dalloz, 28, 1, 263. Sirey, 28, 1, 347.
(2) Dall., *loc. cit.* Sirey, *id.*

des dommages et intérêts à réclamer pour violation de la prohibition, mais encore pour sûreté du reliquat de compte à intervenir. Mais je ne pense pas qu'une exagération aussi arbitraire du principe de l'hypothèque judiciaire soit faite pour convertir les esprits à ce frêle et dangereux système de condamnations éventuelles et conditionnelles, qui substitue des fictions forcées à la vérité, qui fait parler le juge alors qu'il s'abstient de juger, qui rêve des titres hypothécaires là où le jugement ne voit encore que des doutes.

442 *ter*. On demande ce qu'il faut décider d'un jugement qui, sur une opposition à des actes d'exécution, ordonne que *les poursuites seront continuées*.

Si l'obligation qui a donné lieu aux poursuites était contestée, et que le jugement, après l'avoir reconnue valable, ordonnât la continuation des poursuites, cette décision entraînerait hypothèque judiciaire. Il y aurait obligation résultant d'un jugement.

Mais si l'opposition, sans mettre en doute l'obligation principale, était fondée sur un vice de forme dans le commandement ou dans la procédure, le jugement qui ordonnerait la continuation des poursuites, après avoir rejeté les moyens de nullité, ne produirait pas d'hypothèque. C'est une distinction fort juste faite par M. Dalloz. Au surplus, on peut consulter là-dessus un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1823, et un arrêt de la cour de Nîmes du 5 janvier 1831 (1), qui paraissent rentrer dans la première branche de la distinction.

442 *quat*. On a agité, devant la cour de Grenoble, la question de savoir si un bordereau de collocation, délivré à un créancier chirographaire dans un ordre ouvert sur le prix des biens du débiteur, confère hypothèque judiciaire contre l'adjudicataire; mais, par arrêt du 28 mai 1831 (2), cette cour a sagement annulé l'inscrip-

(1) Dall., Hyp., p. 179, et note. Dall., 31, 2, 96.
(2) D., 32, 2, 63. Sirey, 32, 2, 95. — *Junge* Paris, 10 août 1850 (*J. du Pal.*, 1850, t. 2, p. 631).

tion prise par ce créancier mal conseillé. Quoique le bordereau de collocation soit l'expédition *parte in quâ* du procès-verbal d'ordre, qui est une véritable décision judiciaire, il est néanmoins manifeste qu'aucune vertu hypothécaire ne vient s'attacher à lui contre l'adjudicataire. Ce dernier ne subit, en effet, aucune condamnation : il ne conteste pas ; il ne résiste pas à ses obligations ; il attend que l'ordre des rangs soit fixé entre les créanciers. Ce serait donc une véritable absurdité que de vouloir le grever d'une hypothèque judiciaire. Il ne faut pas oublier que cette sanction de la chose jugée n'a lieu que pour les droits déduits en jugement et qui motivent une condamnation, soit qu'elle soit convenue entre les parties, soit qu'elle soit débattue par un sentiment d'injustice. Or, où est ici la possibilité d'une condamnation contre l'adjudicataire? Que lui importent les débats qui s'élèvent entre les créanciers sur leur rang? En quoi sa position peut-elle être aggravée par le procès-verbal d'ordre, qui, ainsi que l'indique son titre, ne fait que statuer sur des questions de préférence auxquelles il est totalement étranger?

Vainement on objecterait que, puisque le procès-verbal d'ordre ne peut être clos qu'après une sommation de contredire (art. 755 Code proc. civ.) faite aux créanciers produisants, et que cette faculté de contredire appartient aussi à l'exproprié, on doit décider que l'admission de la créance forme une reconnaissance de la légitimité de la dette, laquelle suffit, comme nous le verrons tout à l'heure, pour faire naître l'hypothèque. En supposant que cette reconnaissance implicite produise tous les résultats de la reconnaissance expresse faite en jugement, et dont une décision judiciaire donne solennellement acte, comment ne voit-on pas que rien de tout cela ne peut être opposé à l'adjudicataire, pour qui toute cette procédure n'est d'aucun intérêt, et qui reste spectateur passif en dehors de ce mouvement?

443. Les jugements qui portent reconnaissance ou vé-

rification de signature apposées à des actes sous seing privé donnent naissance à l'hypothèque judiciaire (1).

Mais il faut prendre garde à une chose ; c'est que ces jugements n'entraînent hypothèque, qu'autant que les actes sous seing privé dont ils tiennent les signatures pour reconnues renferment des obligations exigibles. Car si le jugement était rendu avant l'échéance ou l'exigibilité, il ne pourrait pas être pris d'inscription, il faudrait attendre que l'époque convenue dans la stipulation fût arrivée et échue, sans payement de la part du débiteur.

Telle est la disposition de la loi du 3 septembre 1807.

Avant elle, la Cour de cassation jugeait que les reconnaissances obtenues par jugement, même avant l'exigibilité de l'obligation, avaient hypothèque judiciaire du jour de ce jugement (2).

Mais l'on sentit que cette jurisprudence, qui du reste ressortait d'une saine intelligence des dispositions de la loi (*infrà*, n° 470), pouvait avoir des inconvénients. C'était soumettre à une hypothèque celui qui n'avait pas voulu en donner une dans la convention, et à qui, néanmoins, un terme avait été accordé par cette même convention : et, ce qu'il y a de pis, c'était l'y soumettre avant de savoir s'il manquerait ou non à ses engagements, et faire par conséquent une brèche injuste à son crédit.

Il y avait encore à cela un autre vice ; c'est qu'on éludait la spécialité de l'hypothèque conventionnelle. Il eût suffi, en effet, d'avoir un acte sous seing privé, et, en obtenant un jugement de reconnaissance avant l'exigibilité, on se fût sur-le-champ assuré une hypothèque générale (3).

La loi du 3 septembre 1807 remédia à ces inconvé-

(1) Sur le sens du mot *jugement*. V. n°s 448, 446, etc.

(2) 3 février 1806, 17 janvier 1807, 17 mars 1807. Dalloz, Hyp., p. 188, et p. 185, n° 5. — V. aussi Nîmes, 28 février 1829 (Sirey, 30, 2, 42).

(3) Grenier, t. 1, p. 410.

nients par les dispositions que j'ai rappelées tout à l'heure (1). L'une des parties ne peut plus se faire constituer des hypothèques contre la teneur de la convention : le créancier qui a négligé de stipuler une hypothèque conventionnelle ne peut en obtenir une judiciaire, qu'autant que l'obligation est exigible, et que le débiteur n'y a pas satisfait.

On sent néanmoins que si l'acte sous seing privé, contenant délai de payement, renfermait une clause par laquelle il serait convenu que le créancier pourrait se pourvoir en reconnaissance d'écriture avant l'exigibilité, et acquérir par là hypothèque judiciaire, cette convention serait valable et ferait cesser la prohibition de la loi (2).

Pour une plus grande exactitude, je crois devoir rappeler le texte précis de la loi du 3 septembre 1807. Elle est conçue en deux articles fort courts.

« Art. 1. Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur » une demande en reconnaissance d'obligation sous seing » privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la- » dite obligation, il ne pourra être pris aucune inscrip- » tion hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à dé- » faut de payement de l'obligation après son échéance » ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation » contraire.

» Art. 2. Les frais relatifs à ce jugement ne pourront » être répétés contre le débiteur que dans le cas où il » aurait dénié sa signature.

» Les frais d'enregistrement seront à la charge du dé- » biteur, tant dans le cas dont il vient d'être parlé que » lorsqu'il aura refusé de se libérer après l'échéance ou » l'exigibilité de la dette. »

(1) Cette loi s'applique à tout jugement obtenu depuis, encore que l'obligation soit antérieure ; ce n'est pas là donner à la loi un effet rétroactif dans le sens de l'art. 2 du Code Napoléon. Cassation, 5 juin 1833 (Sirey, 33, 1. 644).

(2) Art. 1er, loi du 3 septembre 1807.

Cette loi est modelée sur une déclaration du 2 janvier 1717 (1), qui prescrivait, *pour les billets de commerce seulement*, des mesures analogues à celles que la loi du 3 septembre 1807 a prescrites pour billets quelconques, soit de commerce ou autres. Ce que cette déclaration avait fait pour prévenir le discrédit des commerçants, la loi nouvelle l'a établi pour l'intérêt de tous. Ce n'est pas que cette déclaration soit encore en vigueur. La Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 6 avril 1809, qu'elle est abrogée (2), et la loi du 3 septembre 1807, loin de l'avoir rétablie, a été au contraire destinée à la remplacer avec plus d'étendue. Mais il est bon en jurisprudence de rappeler les analogies, les points de contact et les origines. L'interprétation peut y gagner autant que l'histoire du droit.

443 *bis*. D'après l'ordonnance de Moulins, l'hypothèque judiciaire avait lieu, *dès lors et à l'instant de la condamnation contradictoire donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation.*

En sorte qu'il n'était pas besoin de signifier le jugement. C'est aussi ce qui résultait de l'art. 11, titre 35, de l'ordonnance de 1667.

On peut dire avec certitude qu'il en est de même d'après le Code Napoléon ; il fait résulter l'hypothèque des jugements contradictoires, et ne modifie ce principe par aucune condition, si ce n'est cependant que l'hypothèque doit être inscrite, et qu'elle ne prend rang que du jour de l'inscription. Or, puisque l'hypothèque résulte des seuls jugements, il s'en suit qu'on peut prendre l'inscription après la prononciation, et avant signification, enregistrement, etc.

On opposerait en vain l'art. 147 du Code de procédure civile, qui dispose que « s'il y a avoué en cause, le jugement ne pourra *être exécuté* qu'après avoir été signifié

(1) Dalloz, Hyp., p. 185, n° 5.

(2) C'est aussi l'opinion de M. Grenier, t. 1, n° 199. Sirey, 9, 1, 182. Dalloz, Hyp., p. 197, et p. 186, note.

» à avoué, à peine de nullité, et que les jugements provi-
» soires et définitifs qui prononceront des condamnations
» seront en outre signifiés à la partie, à personne ou do-
» micile, avec mention de la signification à l'avoué. »

Mais prendre inscription en vertu d'un jugement, ce n'est pas l'exécuter, c'est faire un acte conservatoire (1).

Dira-t-on, si le jugement n'est ni levé ni enregistré, qu'il faut pour prendre inscription représenter au conservateur l'expédition authentique du jugement (2), et qu'ainsi l'inscription prise sans cette production est vicieuse ?

On répond que cette formalité n'est exigée que dans l'intérêt du conservateur des hypothèques, pour sa garantie, et qu'il peut renoncer à exiger la représentation du titre, si d'ailleurs il est certain qu'il existe (3).

443 *ter*. D'après l'ordonnance de Moulins, citée tout à l'heure, l'hypothèque judiciaire ne résultait que de jugements rendus *en dernier ressort*.

Mais des remontrances ayant été faites, le roi fit, le 10 juillet 1566, une déclaration pour modifier l'ordonnance en cette partie. Par l'art. 11 de cette déclaration, il fut dit que l'hypothèque aurait lieu et effet du jour de la sentence, si elle était confirmée par arrêt, ou *d'icelle*, s'il n'y avait appel. Tels sont aussi les principes d'après le Code Napoléon. Ainsi, quoique le jugement soit rendu en premier ressort, rien n'empêche qu'on ne prenne inscription. L'inscription suit le sort de l'appel : elle croule avec le jugement s'il est réformé, ou subsiste avec lui s'il est maintenu.

(1) *Suprà*, n° 365. Grenier, t. 1, p. 410. Merlin, t. 17, Hyp., 68. Delvincourt, t. 3, p. 158, n° 7, notes. Dalloz, Hyp., p. 173. Ainsi jugé, Cassat., 9 décembre 1820, et arrêt du 29 novembre 1824, portant cassation (Dalloz, Hyp. p. 174, 175). Toulouse, 27 mai 1830 (Dalloz, 31, 2, 26). Cassation, 19 juin 1833 (Sirey, 33, 1, 641).

(2) Art. 2148.

(3) Répert., t. 17, Hyp., p. 70. *Infrà*, n° 67.

Lorsque le jugement est maintenu sur certains points et réformé sur d'autres, l'inscription vaut pour les parties de la décision qui sont confirmées.

Si le jugement de première instance condamne à payer 10,000 francs, et que sur l'appel la condamnation soit restreinte à 5,000 francs, on demande de quel jour datera l'hypothèque. Sera-ce du premier jugement, ou bien de l'arrêt rendu sur l'appel? Et par suite, l'inscription prise en vertu du jugement en premier ressort vaudra-t-elle jusqu'à concurrence des 5,000 francs portés en la sentence d'appel?

Auzanet prétend que l'hypothèque ne commence que du jour de l'arrêt en dernier ressort, et il cite une décision qui l'a ainsi jugé.

Mais cette opinion n'est pas soutenable; l'arrêt qui adjuge une partie de la somme portée par la sentence, confirme la sentence à cet égard, et il ne l'infirme que pour le surplus. *In eo quòd plus sit, semper inest et minus* (1). L'hypothèque doit donc remonter au jour du jugement en premier ressort (2).

444. A l'égard des jugements par défaut, c'était une difficulté dans l'ancienne jurisprudence de savoir si l'hypothèque datait du jour de la prononciation, ou du jour de la signification. Car l'ordonnance de Moulins, en donnant hypothèque du jour de la condamnation, ne distinguait pas si le jugement était rendu contradictoirement ou par défaut.

Mais l'ordonnance du mois d'avril 1667, titre des Requêtes civiles, art. IX, décida que les jugements par défaut ne donneraient hypothèque que du jour de la signification aux procureurs. On considéra que souvent les jugements par défaut sont rendus par surprise sur des

(1) L. *In eo*, Dig. *De reg. juris.*

(2) Ferrières, sur Paris, art 170, § 3, n° 3, 4, 5. Pothier, Orléans, t. 20, n° 17. Persil, art. 2123. Grenier, t. 1, n° 196.

exploits non signifiés, et dont ceux qui sont condamnés n'ont pas connaissance (1).

Mais les lois nouvelles n'ont pas renouvelé cette disposition. Elles la proscrivent, au contraire : car dans le projet de Code Napoléon, dressé par la commission, on lisait (2) une disposition par laquelle il était dit « que » les jugements par défaut n'emportent hypothèque que » du jour de leur signification, » et cette disposition fut retranchée. D'où il suit que notre article fait dépendre l'hypothèque des seuls jugements contradictoires ou par défaut. C'est en ce sens que la jurisprudence (3) s'est prononcée.

Au surplus, il est bon de savoir que la cour de Riom, par arrêt du 9 avril 1807 (4), a décidé qu'un jugement par défaut ne confère hypothèque qu'après la signification. Mais cet arrêt isolé est trop contraire à l'esprit de la loi pour faire jurisprudence. La cour dont il émane en a d'ailleurs rendu deux autres en sens contraire (5).

Ce que j'ai dit du cas où un jugement en premier ressort est modifié sur l'appel, s'applique au cas où un jugement par défaut est réformé sur l'opposition (6).

445. Ferrières examine la question de savoir si, pour

(1) Ferrières, Paris, art. 170, § 3, n° 6. Pothier, Orléans, t. 20, n° 16. Arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1809. Dalloz, Hyp., p. 174.

(2) Titre des Hyp., ch. 2, sect. 5, art. 29.

(3) Besançon, 12 août 1811 (Den., 12, 2, 31). Rouen, 7 décembre 1812 (S., 13, 2, 367), Cassat., 21 mai 1811 (Denev., 11, 1, 288). Paris, 23 juillet 1840 (Sirey, 40, 2, 420). Je n'ai pu trouver au mot Hypothèque de la collection Dalloz ceux de ces arrêts qui avaient été rendus à la date de cette collection.—Grenier, t. 1, p. 410.

(4) Sirey, 7, 2, 646. Dalloz, Hyp., 174.

(5) 6 mai 1809. 17 avril 1824. Dalloz, *loc. cit.* Répert., t. 17, p. 68, col. 2.

(6) Pothier, Orléans, t. 20, n° 17. Si on laisse périmer le jugement par défaut, faute d'exécution dans les six mois, l'inscription est comme non avenue. Bruxelles, 6 mars 1822. Dal., Hyp., 176.

que les jugements portent hypothèque, il faut qu'ils aient été rendus par des juges compétents, et il décide que si les juges étaient incompétents *ratione materiæ*, comme s'ils jugeaient hors de leur ressort, quoique du consentement des parties, la sentence serait nulle, et ne pourrait pas produire d'hypothèque (1).

Cependant Ferrières lui-même, dans son Commentaire sur l'art. 170, § 4, au supplément intitulé : « Questions proposées aux mercuriales du parlement concernant la matière des hypothèques, » rapporte que les anciens de l'ordre des avocats, consultés par messieurs du parlement, furent d'avis que les sentences emportent hypothèque, soit qu'elles aient été données par juges compétents ou *incompétents*. D'Héricourt dit aussi (2) : « C'est même un usage certain que la sentence rendue » par un juge *incompétent* de connaître d'une affaire » donne hypothèque au créancier du jour qu'elle est intervenue, quand la partie a procédé volontairement » devant le juge incompétent. »

Ces deux opinions paraissent contraires. Je crois cependant qu'on peut les concilier, en distinguant quel est le genre d'incompétence qui se fait remarquer dans le jugement.

S'il s'agit d'une incompétence personnelle, *à ratione personæ*, ou d'une incompétence *à ratione materiæ*, mais cependant dans un cas où le consentement des parties a pu proroger la juridiction, alors l'opinion de d'Héricourt doit être suivie.

Mais s'il s'agit d'une incompétence telle que le consentement des parties n'a pu proroger la juridiction, alors l'opinion de Ferrières est préférable.

Ceci toutefois demande des explications.

Deux individus consentent à procéder devant un tribunal qui n'est ni celui de leur domicile, ni celui de

(1) Sur Paris, *loc. cit.*, n° 5.
(2) Vente des immeubles, ch. 11, § 2, n° 30.

l'objet litigieux. Le juge était incompétent *ratione personæ.* Mais la volonté des parties a prorogé sa juridiction : il est devenu compétent, et nul doute que son jugement ne produise hypothèque.

A l'égard de la compétence *ratione materiæ*, on a coutume de dire qu'elle est d'ordre public, puisqu'elle tient à l'ordre des juridictions, et que la volonté des parties ne peut y déroger. Mais cette proposition, vraie en un sens, ne l'est pas dans tous les cas, et, pour apprécier l'étendue qu'elle doit avoir, il faut distinguer le juge dont la compétence est limitée *ad certam summam*, du juge dont la compétence est limitée *ad certum genus causarum.*

Quand le juge est délégué *ad certam summam*, c'est-à-dire quand il est institué pour juger des contestations qui ne s'élèvent pas au-dessus d'une certaine valeur, comme les juges municipaux chez les Romains et les juges de paix en France, la volonté des parties peut le rendre juge de sommes plus considérables. « Judex qui » *ad certam summam* judicare jussus est, etiam de re » majori judicare potest, si inter litigatores conveniat. » L. 74, § 1. *De judiciis.* L. 28, D. *Ad municip.* (1).

Ainsi, si les parties y consentent, le juge de paix pourra juger des sommes d'une valeur supérieure non-seulement à 150 fr., mais encore à 1,000 fr., etc. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 3 frimaire an IX, rapporté par M. Merlin (2).

La raison en est, comme le dit M. Henrion de Pansey dans une note communiquée à M. Merlin et rapportée par ce dernier (3), que le juge de paix devant qui les parties s'accordent à porter une demande à fin de payement de 300 fr., étant déjà investi du pouvoir de juger

(1) Favre, Code, liv. 3, t. 22, déf. 46. Papon, liv. 7, t. 7, n° 32. Voët, *ad Pand.*, *De judiciis*, n° 85.

(2) Hyp., p. 836, col. 1.

(3) Rép., Hyp., p. 835, col. 1.

jusqu'à concurrence de la moitié de cette somme, a, par ses attributions légales, le germe, le principe de l'autorité qui lui est nécessaire pour rendre un jugement sur le total : il suffit de développer un principe existant, et de proroger une juridiction légalement établie.

D'où il faut conclure que si le juge délégué *usque ad certam summam* est saisi, par le consentement des parties, d'une demande portant sur une somme supérieure, son jugement sera légal et devra porter hypothèque judiciaire.

Mais lorsque le juge est délégué *ad certum genus causarum*, comme un tribunal de commerce, un conseil de guerre, un tribunal criminel, un juge de paix en matière possessoire, la volonté des parties ne peut le rendre habile à juger tout ce qui sort de ce cercle ; au delà, il n'est plus qu'une personne privée, et comme la loi seule peut créer une juridiction nouvelle, il s'ensuit que les parties ne peuvent lui soumettre leurs différends qu'à titre d'*arbitre*, et non pas à titre de juge. Autrement, ce ne serait pas proroger une juridiction, ce serait en établir une qui n'a aucun principe d'existence. (Henrion et Merlin, *loc. cit.*)

Et puisque le juge seul peut rendre des jugements, puisque l'hypothèque ne peut dépendre de décisions rendues par des personnes sans caractère, il s'ensuit qu'un jugement infecté du vice d'incompétence dont je parle, serait inefficace pour la constitution de l'hypothèque judiciaire.

Ainsi, qu'un juge de paix rende un jugement au pétitoire, qu'un tribunal de commerce prononce sur des contestations qui ne se lient pas aux matières commerciales, ce seront des décisions arbitrales, si les parties s'en contentent ; mais l'hypothèque ne pourra en découler.

A la vérité, les décisions arbitrales donnent hypothèque judiciaire ; mais ce n'est, comme on le verra tout à

l'heure, qu'autant quelles sont homologuées par le juge (1).

446. Dans l'ancienne jurisprudence française, on tenait pour maxime que l'on pouvait demander la reconnaissance d'une écriture devant tout juge quelconque, pourvu qu'il ne fût pas juge ecclésiastique ; c'est ce que l'on faisait résulter de l'art. 92 de l'ordonnance de 1539 et de l'art. 10 de l'ordonnance de Roussillon de 1563. Basnage (2) dit que les obligations sous seing privé peuvent être reconnues devant les juges consuls, bien qu'elles ne soient pas conçues pour marchandises ou fait de commerce ; devant les maîtres des requêtes de l'hôtel ; même devant les juges d'élection.

La raison de cette jurisprudence est que, dans le système suivi à cette époque, l'hypothèque s'attachait de plein droit à tout acte authentique, et qu'un acte privé devenait authentique dès qu'il était reconnu devant un officier public quelconque.

Mais aujourd'hui il n'en est plus de même ; la reconnaissance d'écriture faite par jugement ne peut produire hypothèque qu'autant que le juge aurait été compétent pour condamner le débiteur à payer le montant du billet. Car un jugement qui tient pour reconnu un acte sous seing privé prononce une véritable condamnation, et il ne peut y avoir de condamnation légale qu'autant qu'elle émane d'un juge ayant pouvoir de la loi.

Ainsi, dit M. Merlin (3), la reconnaissance faite d'un écrit privé devant une cour de justice criminelle, ou de-

(1) On peut consulter sur cette question M. Merlin, Rép., v° Hypothèq., p. 833, col. 1 ; M. Grenier, t. 1, p. 417, et M. Persil, Rég. hyp., art. 2123, n° 3. Il semble que M. Dalloz ne goûte pas cette doctrine, Hyp., p. 172, n° 7. Mais je la crois seule raisonnable.

(2) Normandie, art. 546. *Junge* Bourjon, t. 2, p. 535, n° 18. Lamoignon, tit. des Act. pers. et hyp., art. 30 et suiv.

(3) Répert., v° Hyp., p. 834, col. 1. M. Dalloz n'approuve pas cette opinion, Hyp., p. 172.

vant un conseil de guerre, ne peut pas être considérée, quant aux effets hypothécaires, comme une reconnaissance faite en jugement.

Mais cette reconnaissance pourrait, sans difficulté, se faire devant un juge de paix, quelle que fût la somme portée dans le billet, pourvu qu'il y *eût consentement des parties*. Car, de même que la volonté des parties peut le rendre juge de la demande à fin de payement de la somme, de même elle peut lui demander acte de la reconnaissance de la signature, qui n'est qu'un préliminaire pour arriver à la condamnation (1).

447. Les décisions de l'autorité administrative, rendues dans les limites du pouvoir des fonctionnaires dont elles émanent, confèrent l'hypothèque judiciaire, quand elles prononcent une condamnation (2).

Ainsi, sont accompagnés d'hypothèque judiciaire, les contraintes décernées par l'administration des douanes (3); les ordonnances du roi, rendues en conseil d'Etat, sur des matières contentieuses; les arrêts des conseils de préfecture d'où résulte une condamnation au profit d'un tiers ou de l'Etat, etc. (4).

Mais il ne faut pas assimiler à un jugement administratif une contrainte décernée par un receveur de l'enregistrement, bien que rendue exécutoire par le juge de paix. C'est si peu un jugement, qu'une simple opposition suffit pour mettre cet acte en litige devant les tribunaux ordinaires (5).

448. Toutes les fois qu'un juge de paix décide comme

(1) Répert., *loc. cit.*, p. 836, col. 1 et 2. Grenier, t. 1, p. 417 et 427. Cass., 22 décembre 1806. Dall., Hyp., 187.

(2) Avis du conseil d'Etat des 29 oct. 1811 et 24 mars 1811. Dall., Hyp., p. 173. Grenier, t. 1, n° 9, p. 17.

(3) Avis précité de 1811. Loi de 1791, 16, 22 août, t. 13, art. 23.

(4) Arrêt de Rouen, 22 mai 1818. Dalloz, Hyp., p. 180.

(5) Cassat., 28 janvier 1828. Dalloz, 28, 1, 108, 109.

juge et prononce des condamnations, ses sentences emportent hypothèque judiciaire.

Mais aux fonctions de juge, ce magistrat réunit celles de conciliateur. Alors ses pouvoirs changent avec son rôle. Il ne peut plus prononcer de condamnations, et les aveux et reconnaissances contenus dans un procès-verbal de conciliation n'ont d'autre force que celle des obligations privées (1), qui excluent l'existence de l'hypothèque judiciaire.

La question s'est offerte de savoir si le procès-verbal d'un juge de paix, devant qui un débiteur se présente volontairement pour reconnaître sa signature, et qui donne acte au créancier de cette reconnaissance, doit être considéré comme *jugement* ou comme *acte de conciliation.* M. Merlin pensait que, dans le doute, on devait se prononcer pour la validité de l'hypothèque ; qu'ainsi, il fallait décider que c'était là un *jugement* rendu d'accord entre les parties, un jugement *convenu ;* et que, quoique la somme reconnue excédât la compétence du juge de paix, on devait dire qu'il y avait eu prorogation de juridiction. Mais, par arrêt du 22 décembre 1806 (2), la Cour de cassation en décida autrement, et cassa le jugement qui avait déclaré que ce procès-verbal constituait un jugement.

En effet, le créancier n'avait pas requis *acte en jugement* de la reconnaissance du débiteur ; rien ne prouvait qu'il eût *voulu proroger* la juridiction du juge de paix, ni même qu'il eût été présent à la reconnaissance.

En général, cependant, de pareilles reconnaissances faites devant un juge de paix par toutes les parties présentes et donnant leur consentement, doivent être con-

(1) Art. 54 du Code de procédure civile. Conf. du Code Napoléon, t. 7, p. 167. Répert., Hyp., sect. 2, § 2, art. 4. Grenier, t. 1, n° 202. Dalloz, Hyp., p. 185, n° 2. V. encore mon Comment. des Transactions.

(2) Répert., Hyp., p. 835 à 837. Dalloz, Hyp., p. 187.

sidérées comme faites *en jugement*, et c'est ce qui a lieu dans la pratique (1).

449. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

La raison en est que la sentence des arbitres n'est qu'un acte privé, tant qu'elle n'est pas homologuée (2). On ne peut donc prendre inscription que lorsque le juge leur a donné la qualité d'acte de l'autorité publique et de jugement, au moyen de l'homologation.

450. J'ai dit ci-dessus, n° 443, que l'hypothèque est acquise du jour du jugement. Ce principe, consacré par notre article, sert à terminer une controverse qui partageait les anciens auteurs, et qui consistait à savoir si l'hypothèque, pour les dommages et intérêts et pour l'amende, occasionnés par un délit, doit dater du jour de la condamnation ou du jour de la perpétration du crime.

Les uns voulaient que, dès que le crime est commis, tous les biens du criminel soient obligés envers le fisc pour l'amende, et envers la partie pour ses intérêts civils (3).

D'autres voulaient que l'hypothèque ne commençât que du jour de la contestation en cause.

Mais la commune opinion était que l'hypothèque ne datait que du jour de la sentence (4).

En effet, il n'y a pas de doute que le criminel ne soit obligé pour les amendes et les intérêts civils du

(1) V. Toulouse, 30 août 1842 (Sirey, 45, 2, 545). Cassation, 6 janvier 1845 (Sirey, 45, 1, 188). V. encore Cassation, 13 novembre 1843 (*J. Pal.*, 1843, t. 2, p. 794.

(2) Despeisses, part. 3, sect. 3, n° 12. Pothier, Hyp. Quest. de droit de Merlin, v° Hyp. Grenier, t. 1, p. 430. Dalloz, Hyp., p. 174. Cass., 25 prairial, an II. Dall., Arbitrage, p. 769.

(3) D'Argentré sur Bretagne, art. 188, gl. n° 2. Tiraq., *De retract. conv.*, § 5, gl. 4, n°s 1 et suiv.

(4) Guy-Pape, p. 535. Leprestre, cent. 1, ch. 41. Ferrières, Paris, art. 160, § 3, n° 11.

jour du délit; mais ce n'est qu'une obligation personnelle qui ne produit pas l'hypothèque sur les biens. L'hypothèque ne peut donc résulter que de la sentence qui fixe la quotité des dommages et intérêts et de l'amende.

C'est ce qui fut reconnu par une déclaration du roi, du 13 juillet 1700, rapportée par Ferrières (1).

451. Je dois parler maintenant des jugements rendus par des tribunaux étrangers.

Suivant notre article, l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étrangers, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. Pour éclaircir cette matière, il faut distinguer trois cas : ou le jugement a été rendu entre Français; ou il a été rendu entre un Français et un étranger; ou bien entre deux étrangers.

§. Lorsque le jugement a été rendu entre Français, on ne conteste plus aujourd'hui ce point de droit public, savoir : que les tribunaux français ne doivent déclarer exécutoire un jugement rendu par des juges étrangers, qu'après examen et connaissance de cause. C'est à eux à juger de la légitimité de l'exécution, et à voir si elle contrarierait les lois de la France et les droits du souverain (2).

L'ordonnance de 1629 portait ce qui suit :

(1) *Loc. cit.*

(2) C'est du moins la jurisprudence constante. V. les arrêts que je cite dans la suite de ce numéro. V. aussi Bordeaux, 6 août 1847 (Sirey, 48, 2). V. aussi MM. Grenier, t. 1, p. 438; Merlin, Quest. de droit. v° Réunion ; Dalloz, Droits civils, p. 484 ; Duranton, t. 1, n° 155 et t. 19, n° 342; Persil sur l'art. 2123; Toullier, t. 10, n° 85 ; Zachariæ, *Introd.*, § 32, etc. Mais il y a quelques opinions dissidentes. V. MM. Nouguier, Trib. de comm., t. 2, p. 444 ; Fouché sur Carré, *Compét.*, t. 3, p. 250; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 159; Demolombe, t. 1, n° 263.

Art. 121. « Nonobstant les jugements rendus en pays » étrangers, nos sujets contre lesquels ils ont été rendus » pourront de nouveau débattre leurs droits comme en- » tiers devant nos tribunaux. »

On concluait de cet article que, dans aucun cas, les jugements rendus contre un Français, en pays étrangers, ne pouvaient être revêtus, en France, d'un *pareatis;* qu'ils étaient considérés comme non existants ; qu'on ne pouvait en faire aucun usage, et qu'il fallait venir par action nouvelle.

Mais notre article est rédigé d'une manière toute différente de l'ordonnance de 1629. Il suppose qu'on doit toujours s'adresser au tribunal français, non par une nouvelle action, mais pour faire rendre le jugement exécutoire, c'est-à-dire pour le faire revêtir d'un *pareatis*. Seulement ce *pareatis* ne peut être octroyé qu'après avoir pris connaissance de la justice et de la régularité du jugement.

Il suit de là que le jugement rendu en pays étranger entre Français ne peut produire l'hypothèque en France, qu'autant qu'un tribunal français l'a rendu exécutoire, après examen.

§. Lorsque le jugement a été rendu entre un Français et un étranger, il y en a qui distinguent si le Français a été demandeur ou défendeur.

S'il a été demandeur, Boullenois (1) soutient, contre la lettre de l'ordonnance de 1629, que le Français ne peut plus demander la révision. Mais son opinion n'a jamais eu de fondement ni de créance, comme le prouve M. Merlin (2) par une foule d'autorités. L'indépendance des Etats veut, en effet, qu'un jugement émané de juges étrangers n'ait aucune force en France, où toute justice émane du roi.

Mais ici se présente une question ; l'on demande si

(1) T. 1, p. 646, Traité des statuts.
(2) Q. de droit, v° Jugement, p. 21.

cette faculté de demander la révision peut être seulement demandée par les sujets du roi qui y ont été parties, ou bien si elle est aussi ouverte à l'étranger qui a plaidé contre un Français.

Autrefois on pensait que le droit de faire rejuger la contestation appartenait au seul Français. C'est ce qu'on faisait résulter de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629. Telle était l'opinion du chancelier d'Aguesseau et de tous les auteurs qui ont écrit avant les lois nouvelles (1).

Même depuis le Code Napoléon, beaucoup d'auteurs très-graves ont énoncé le même principe (2). Mais depuis, la question s'étant présentée à la Cour de cassation, et y ayant été discutée avec profondeur, il a été jugé que la révision peut être demandée par l'étranger comme par le Français (3). En effet, les termes de notre article sont si généreux, qu'ils ne paraissent comporter aucune exception.

D'ailleurs, comme on le disait dans une consultation délibérée par MM. Grappe, Darrieux, Tripier et Billecocq, le législateur ne considère nullement les qualités accidentelles des parties qui ont figuré au procès : il ne considère que l'extranéité du pouvoir dont le jugement est l'ouvrage. M. Merlin, d'abord partisan de la première opinion, l'a abandonnée pour adopter la nouvelle opinion de la Cour suprême.

§. Si le jugement a été rendu entre étrangers, par les juges d'une puissance étrangère, et qu'on veuille l'exécuter en France, ou sur des biens situés en France, on pourra également demander la révision. Car, si un

(1) Julien, Statuts de Provence, t. 2, p. 442. Boniface, t. 3, liv. 1, t. 1, ch. 4. Boullenois, Statuts réels, t. 606.

(2) Malleville, art. 2123, et 14 du Code Napoléon. Pigeau, t. 2, p. 36. Berriat, liv. 3, sect. 2. Carré, t. 2, p. 179. Merlin, Répert., v° Jugement, § 2, et Souveraineté, § 6.

(3) 19 avril 1819. Dall., Droits civils, p. 497. Sirey, 19, 1, 488. Merlin, Q. de droit, v° Jugement, p. 28. Grenier, t. 1, p. 441.

étranger peut la solliciter contre un Français, à plus forte raison peut-il la réclamer contre un étranger.

Autrefois, les tribunaux français donnaient un simple *pareatis, sans connaissance de cause.* Ils se fondaient sur ce que l'ordonnance de 1629 ne parlait, dans son article 121, que des sujets du roi. Aussi, dans une affaire où il s'agissait de l'application de cette ordonnance, la Cour de cassation a-t-elle décidé, par un arrêt du 7 janvier 1806 (1), la question dans un sens conforme à cette opinion. Mais notre article a introduit un droit nouveau, ainsi qu'on vient de le voir par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1819; et la difficulté s'étant reproduite sous le Code Napoléon, entre deux étrangers, la Cour de cassation s'est prononcée pour la révision par un arrêt du 14 juillet 1825 (2), et a décidé que la cour d'Aix avait pu refuser le *pareatis* qu'on lui demandait.

452. Les jugements rendus par nos consuls, dans les lieux où il s'en trouve d'établis, sont bien, si l'on veut, des jugements rendus en pays étranger; mais comme ils émanent d'un officier français, on doit les assimiler aux jugements rendus en France (3).

453. Si un jugement était rendu par des arbitres, en pays étranger, entre un Français et un aubain, il n'y aurait pas lieu à révision; il faudrait seulement demander au tribunal français le *pareatis*. On en sent facilement la raison. Le juge arbitre est du choix des parties. Ce n'est pas comme homme revêtu d'une autorité publique qu'il a prononcé, mais comme homme sage. Il n'a fait que remplir le mandat des parties (4).

(1) Rép., v° Jugement, § 8. Dalloz, Droits civils, p. 488.

(2) Dal., 25, 1, 364. *Junge* Douai, 3 janvier 1845 (Sirey, 45, 2, 513). Paris, 17 mai 1836 (Sirey, 36, 2, 309).

(3) D'Héricourt, Vente des immeubles, chap. 2, sect. 2, n° 30. V. aussi M. Persil, Quest., t. 1, p. 282.

(4) *Secus* s'il s'agissait d'un jugement arbitral rendu par un tiers arbitre étranger, nommé par un tribunal étranger qui au-

A proprement parler, l'arbitre n'est pas un juge. Horum *propriè judicium non est*, dit Cujas (1). Ainsi sa décision doit être retirée de la classe des jugements proprement dits, et il ne reste qu'un arbitrage, qui n'a besoin, pour être exécuté, que du *pareatis*. Peu importe qu'il ait été rendu par des étrangers. Rien n'empêche qu'un étranger ne soit amiable compositeur (2).

454. Les principes qui s'opposent à ce qu'un jugement rendu par un tribunal étranger puisse recevoir exécution en France, cessent tout à fait lorsqu'il y a des conventions contraires dans les traités.

Par les traités conclus entre la France et le corps Helvétique le 1er juin 1658, le 28 mai 1777 et le 2 fructidor an VI, il a été convenu que les jugements définitifs *en matière civile*, ayant force de chose jugée, et rendus par les tribunaux français, seront exécutoires en Suisse, *et réciproquement*, après qu'ils auront été légalisés par les envoyés respectifs (3).

rait donné mission au tiers arbitre de statuer sur des points litigieux à l'égard desquels les arbitres avaient omis de déclarer leur discord. Cass. 16 juin 1840 (Sirey, 40, 1, 583). V. aussi Paris, 22 juin 1843 (Sirey, 43, 2, 346).

(1) Sur la loi 1, D. *De recept.*

(2) L. 8, C *De Judæis*. M. Mourre, Req. à la cour de Paris, Arrêt de cette cour du 16 décembre 1809. Quest. de droit, v° Jugement, p. 39. Grenier, t. 1, n° 213. Dalloz, Arbitrage, p. 770. V. encore Paris, 7 janvier 1833 (Sirey, 33, 2, 145). Dans tous les cas, il faut que la sentence ne viole pas les maximes du droit public français: cela est exprimé dans les motifs de l'arrêt de Paris que je cite ici, et un autre arrêt rendu par la même cour, le 20 novembre 1848 (Sirey, 49, 2, 11), en contient la décision expresse à l'occasion d'un jugement.

(3) Rép., Jugement, § 8, et Q. de droit, v° Jugement, p. 21. V. aussi une ordonnance du roi du 31 décembre 1828, qui renouvelle cette disposition. V. une application dans les arrêts des 28 décembre 1831 et 23 juillet 1832 (Sirey, 32, 1, 627 et 664). Mais il faut pour l'application du traité que le jugement ait été rendu avec un sujet suisse. Cassation, 10 mai 1831 (Sirey, 31, 1, 195).

Le traité du 24 mars 1760 entre la France et les Etats du roi de Sardaigne porte ce qui suit, art. 22 :

« Pour étendre la réciprocité qui doit former le nœud » de cette correspondance aux matières contractuelles et » judiciaires, il est encore convenu : 1° que de la même » manière que les hypothèques, établies en France par » actes publics ou judiciaires, sont admises dans les tri- » bunaux de S. M. le roi de Sardaigne, l'on aura aussi » pareil égard dans les tribunaux de France, pour les » hypothèques qui seront constituées à l'avenir par con- » trats publics, par ordonnances ou jugements, dans les » Etats de S. M. le roi de Sardaigne ; 2° que pour favo- » riser l'exécution réciproque des arrêts ou jugements, » les cours suprêmes déféreraient, de part et d'autre, » *à la forme du droit*, aux réquisitions qui leur seront » adressées à ces fins, même sous le nom desdites cours ; » enfin que, pour être admis en jugement, les sujets » respectifs ne seront tenus, de part et d'autre, qu'aux » mêmes cautions et formalités qui s'exigent de ceux » du propre ressort, suivant l'usage de chaque tribu- » nal (1). »

Deux questions se sont présentées sur cette convention.

La première est de savoir si elle est encore en vigueur : dans une consultation délibérée par MM. Jouhaud, Tripier et Dupin, il a été soutenu que le traité de 1760 avait été anéanti par la conquête, et que les dispositions n'en pourraient être invoquées qu'autant qu'une convention nouvelle les aurait fait revivre. Car, disaient Grotius (2) et Puffendorf (3), « Fœdus tacitè renovatum in- » telligi non debet ; non enim facilè præsumitur nova » obligatio. » Or, d'après l'art. 1 de la loi du 1er mars 1793, tout traité d'alliance ou de commerce existant entre l'ancien gouvernement français et les puissances

(1) Code diplom.
(2) Liv. 2, ch. 15, § 14.
(3) Liv. 8, ch. 9, § 11.

avec lesquelles la république était en guerre, ayant été annulé, le traité de 1760 s'est trouvé compris dans l'abrogation. Depuis 1793 aucune convention entre la France et le Piémont n'a renouvelé les dispositions de celui de 1760. Les deux peuples, disent les avocats consultants, rentrent donc dans les termes du droit commun.

Cette opinion ne manque pas de vraisemblance (1); néanmoins la Cour de cassation, devant qui elle fut proposée, dans l'affaire du sieur Ricardi contre sa femme, a évité de se prononcer sur ce point, et a décidé la contestation par d'autres motifs (2).

La deuxième difficulté à laquelle a donné lieu le traité de 1760, c'est de savoir si, en supposant qu'on doive le considérer encore comme subsistant, les tribunaux français conservent le droit d'examen des jugements rendus par les tribunaux piémontais et sardes?

L'affirmative a été décidée par un arrêt de la cour d'Aix du 12 août 1824, confirmé ensuite par un arrêt de la section des req. du 14 juillet 1825 (3).

La cour de Grenoble a également décidé, par arrêt du 9 janvier 1826 (4), que les tribunaux français conservent le droit d'examen, et elle en a usé pour refuser l'exécution d'un jugement rendu par le juge mage de Chambéry.

En effet, l'art. 23 de la convention de 1760 dit que pour favoriser l'exécution des jugements, les tribunaux des deux nations déféreront réciproquement *à la forme de droit*, aux réquisitions qui leur seront adressées aux fins d'exécution. De là suit, d'un côté, la nécessité de lettres rogatoires de la part des tribunaux sardes, et de

(1) Vattel, liv. 2, § 202, dit que lorsqu'un État est subjugué, tous ses traités périssent avec la puissance qui les avait contractés.

(2) Dall., 25, 1, 365.

(3) Dall., 25, 1, 365.

(4) Dall., 26, 2, 30. — *Junge* Grenoble, 3 janvier 1829 (Sirey, 29, 2, 176).

l'autre l'obligation pour les cours auxquelles elles sont présentées, de n'y déférer qu'à la forme de droit, c'est-à-dire qu'autant que l'exécution qu'on veut obtenir en France n'a rien de contraire aux lois du pays et à notre droit public. Si l'on avait voulu que les jugements d'un pays fussent exécutoires dans l'autre, on n'aurait pas exigé l'intervention de leurs tribunaux pour n'accorder l'exécution qu'*à la forme de droit.* Ainsi, on ne peut prendre inscription hypothécaire en France, en vertu d'un jugement sarde, qu'autant qu'un tribunal français a donné pouvoir de l'exécuter.

455. Les évenements qui se sont passés sous nos yeux, depuis plus de trente ans, ont amené tant de bouleversements d'Etats, tant de démembrements ou de conquêtes; nous avons vu tant de tribunaux étrangers, qui sont devenus français, puis redevenus étrangers, que l'influence de leurs jugements présente une source de difficultés nombreuses qu'il convient d'aplanir.

456. Et d'abord, un jugement rendu par un tribunal français, entre un Français et un étranger, devient-il exécutoire de plein droit contre cet étranger, si son pays est ensuite réuni au territoire français?

Cette question s'est présentée à la Cour de cassation. La dame *de Champigny*, Française, avait obtenu deux arrêts du parlement de Paris, portant condamnation à différentes sommes contre la famille *Selys*, de Liége. La dame de Champigny avait vainement cherché à procurer dans le pays liégeois l'exécution de ces jugements. En l'an VII, lorsque ce pays fut réuni à la France, elle pensa que ses tentatives auraient plus de succès, prétendant que, les deux étant fondus en un seul, il n'y avait plus de barrières ni d'obstacles à l'exécution des arrêts dont elle se prévalait. Après avoir successivement échoué devant le tribunal de première instance et devant la cour de Liége, elle se pourvut en cassation : mais ses efforts ne furent pas plus heureux, et, sur les conclusions de M. Merlin, il fut décidé, par arrêt du 18 thermidor an XII, que

la réunion n'avait pu nuire aux habitants de Liége, qu'elle n'avait pu modifier leurs droits, en un mot, qu'ils avaient été réunis avec *leurs droits, leurs actions et leurs exceptions* (1).

457. Je viens d'examiner la thèse à l'égard d'un étranger; il est évident, par raison de réciprocité, que si un Français était frappé d'un jugement en pays étranger, la réunion de ce pays à la France ne le priverait pas du droit de faire rejuger la chose en France; car ses droits et ses exceptions sont restés les mêmes.

458. Si un étranger a obtenu un jugement contre un Français, à l'époque où le tribunal qui a prononcé la condamnation était réuni à la France, la séparation qui a été opérée depuis n'a pu faire disparaître ni ce jugement ni ses effets hypothécaires. En effet, lorsque la séparation s'est opérée, elle ne s'est faite que sous la réserve de tous les droits acquis, et de toutes les actions et exceptions des particuliers; par cette grande raison, que les changements survenus relativement au lien politique des deux pays peuvent bien changer les droits de souveraineté, mais nullement les droits des citoyens (2).

C'est pourquoi je vois beaucoup de difficultés dans un arrêt de la cour de Paris du 20 mars 1817 (3), qui décide qu'un arrêt rendu le 20 juillet 1812, au profit du marquis de Crouza contre la duchesse de Mortemart, par la cour impériale de Gênes, qui faisait alors partie du territoire français, ne peut recevoir d'exécution en France depuis la séparation de Gênes et sa réunion au Piémont. L'arrêt se fonde sur ce que, par l'effet de ce démembrement, Gênes est devenue étrangère à la France, et que les jugements rendus par la cour impériale ne peuvent s'exécuter que dans le pays génois et au nom du souverain de Gênes; qu'ils ne peuvent par conséquent s'exé-

(1) Q. de droit, v° Réunion. Grenier, t. 1, n° 218, p. 451.
(2) M. Grenier, t. 1, n° 220, p. 459.
(3) Sirey, 18, 2, 172.

cuter sur les terres de la domination de France, et qu'il faut venir par nouvelle action.

Le jugement du tribunal de la Seine, qui avait embrassé un système contraire, me paraît bien préférable, et c'est peut-être le cas de dire avec Ulpien : « Nonnun» quam (usus appellandi) benè latas sententias in pejus » reformat (1). » En effet, la cour de Gênes était cour française lorsqu'elle a rendu son jugement. Le pays génois avait été incorporé au territoire français par ce genre d'accession dont parle Grotius (2). « Idemque censen» dum de regnis quæ non fœdere, aut eo dunxatat quod » regem communem habeant, *sed verâ unitate jungun*» *tur.* » Le jugement a dû par conséquent avoir force d'exécution en France. La séparation n'a pu enlever au marquis de Crouza ce droit acquis.

Dira-t-on qu'il y a quelque chose d'extraordinaire à mettre, en tête d'un arrêt de la cour de Gênes, le *mandons et ordonnons* au nom du roi?

Mais à l'époque où le jugement a été rendu, Gênes n'était-elle pas française? Ne sont-ce pas des juges français qui ont prononcé? L'empereur des Français doit donc le faire exécuter en son nom ; il est de son domaine ; et si cet arrêt a été rendu par une cour française, il ne faut pas le traiter comme un arrêt étranger.

On disait, dans l'intérêt de la dame de Mortemart, que, si on voulait faire exécuter le jugement en France, il n'y aurait pas de juge compétent pour statuer sur les difficultés de l'exécution. Car la connaissance de l'exécution appartient au juge qui a connu du jugement, c'est-à-dire à un juge devenu génois (art. 472 du Code de procédure).

Cette objection est sans doute considérable ; mais on peut dire que, lorsque la loi renvoie pour l'exécution aux juges qui ont rendu la décision, elle suppose qu'ils sont toujours restés les juges des parties.

(1) L. 1, Dig. *De appellat.* Pothier, Pand., t. 3, p. 544.
(2) *De jure pacis et belli*, lib. 3, c. 8, n° 2, et c. 15, n° 3.

M. Grenier (1) voit les mêmes inconvénients que moi sur cet arrêt de la cour de Paris, et je me plais à dire que son opinion n'a pas peu contribué à me confirmer dans celle que j'ai énoncée, et que j'ai vu suivre en Corse, pour l'exécution d'un arrêt rendu par la cour de Florence, alors que la Toscane faisait partie intégrante du territoire français. Au surplus, je ne dois pas laisser ignorer un fait dont on pourra peut-être argumenter contre l'opinion de M. Grenier et la mienne : c'est que madame de Mortemart, s'étant pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour de Gênes, son pourvoi fut rejeté, *parce que*, dit la Cour de cassation, *le pays génois était désormais étranger à la France* (2).

459. Lorsqu'un pays est occupé par l'ennemi, qu'il y établit des tribunaux, et y fait rendre la justice, les arrêts rendus par ces tribunaux ont la même force que s'ils étaient émanés des juges institués par le souverain légitime : on ne doit donc pas les considérer comme émanés de tribunaux étrangers ; ils doivent produire hypothèque de plein droit, et sans aucune révision ou examen préalable ; c'est ce qui a été jugé par différents arrêts.

Le premier est de la cour de Bordeaux, en date du 25 janvier 1820.

La colonie française de Sainte-Lucie, longtemps avant sa cession à l'Angleterre, par le traité du 30 mai 1814, avait été occupée par les Anglais, qui y avaient établi des magistrats. Un jugement ayant été rendu, le 1er août 1812, par le sénéchal de Sainte-Lucie, nommé par les Anglais, celui qui avait obtenu gain de cause voulut, en 1816, poursuivre en France l'exécution de cette sentence. Mais on lui opposa que le jugement émanait d'un tribunal étranger. Sur ce différend, la cour de Bordeaux pensa

(1) T. 1, n° 221.

(2) Un arrêt de la cour d'Aix du 10 avril 1823 (Sirey, 37, 2, 171) me paraît, par la manière dont il est motivé, prêter appui à mon opinion.

que la colonie de Sainte-Lucie, quoique occupée par les Anglais, avait dû être comptée au nombre des colonies françaises jusqu'à la cession faite par le roi de France, son légitime souverain ; que, la cession étant postérieure à la sentence, il s'ensuivait que celle-ci émanait d'un tribunal français, et pouvait par conséquent recevoir exécution en France (1).

En effet, les jugements qui sont rendus pendant l'occupation doivent avoir la même force que s'ils eussent été rendus par l'autorité légitime, les peuples ne pouvant pas se passer de justice (2).

Le second a été rendu par la cour de Corse, sous la présidence de M. le chevalier Mézard. Il s'agissait de savoir si les jugements rendus par les tribunaux anglo-corses, pendant l'occupation de la Corse par les Anglais en 1794, pouvaient recevoir exécution en France, depuis l'évacuation opérée par les Anglais en 1796. Malgré une lettre de M. Merlin, alors ministre de la justice, qui décidait que ces jugements devaient être considérés comme non avenus, la cour pensa que rien ne pouvait les empêcher de produire tout leur effet. Je regrette de n'avoir pas entre les mains le texte de cet arrêt, qui a été rédigé par M. Mézard avec une force de pensées et de style qui se fait remarquer dans tout ce qui sort de la plume de ce magistrat.

La question a été jugée encore à Bastia, et dans le même sens, par arrêt du 3 janvier 1824. Le pourvoi contre cet arrêt, auquel le premier avait préparé les voies, a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1826 (3), dont voici les motifs :

« Attendu qu'on ne peut assimiler les jugements pro-
» noncés entre des nationaux, *inter incolas*, par les juges

(1) Dalloz, 25, 1, 272.

(2) D'ailleurs l'occupation militaire ne soustrait pas un pays à son légitime souverain. Vatel, liv. 3, c. 13, § 197. Sainte-Lucie était donc restée de droit pays français.

(3) Dall., 26, 1, 245.

» locaux d'un pays accidentellement soumis aux armes
» d'une puissance qui l'a conquis, aux jugements ren-
» dus en pays étranger contre des étranges, *advenas*, ou
» contre des Français y résidant, lesquels, sans sanction
» en France, ne peuvent y être exécutés que de l'auto-
» rité des tribunaux français ;

» Attendu qu'une coutume aussi universelle qu'an-
» cienne chez les peuples civilisés, et devenue une
» maxime incontestable du droit des gens, c'est que les
» faits, les actes, les contrats, les jugements intervenus
» entre les habitants pendant l'occupation d'un pays
» conquis, et revêtus du sceau de l'autorité publique
» (qui n'est jamais censée défaillir dans les sociétés hu-
» maines), restent obligatoires, et sont exécutoires après
» la retraite du conquérant, comme ceux intervenus
» avant la conquête, à moins qu'il n'ait été contraire-
» ment stipulé par des traités, ou que, par des lois for-
» melles, il n'ait été dérogé à l'usage consacré par le droit
» public de l'Europe ;

» Attendu qu'une lettre ministérielle, qui rappelait une
» décision inauthentique du gouvernement de l'an IV,
» sous le prétexte d'interprétation de la déclaration d'in-
» divisibilité du territoire de la république, écrite dans
» la Constitution de l'an III, ne pouvait (comme l'ont
» remarqué les juges de la cause) intervertir ou abroger
» des principes admis depuis des siècles par le suffrage
» unanime des nations, dans l'intérêt et pour la conser-
» vation de l'ordre social. »

Enfin, cette jurisprudence a reçu une nouvelle sanction par un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1826, qui décide que les actes faits à la Guadeloupe, pendant l'occupation, en vertu de l'ordonnance anglaise du 22 septembre 1810, sont valables (1).

459 *bis*. Quel est l'effet hypothécaire d'un jugement obtenu par un créancier chirographaire, contre la suc-

(1) Dall., 26, 1, 306, 307.

cession de son débiteur ? Pour résoudre cette question, il faut distinguer. Si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ou si elle demeure vacante, il est alors certain qu'un créancier chirographaire ne peut pas obtenir contre elle des jugements portant hypothèque (1). La raison en est que, dans l'un et l'autre cas, l'héritier bénéficiaire et le curateur ne sont pas personnes légitimes pour grever la succession d'hypothèques conventionnelles, et que les jugements obtenus contre eux ne peuvent produire plus d'effets que la convention. D'ailleurs, la vacance de la succession, et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, font présumer qu'il y a déconfiture ; et il est de règle que, dans ce cas, les droits des créanciers restent tels qu'ils étaient à la mort du débiteur, et que l'un ne peut acquérir sur l'autre des garanties qu'il n'avait pas avant le décès.

Mais il en est autrement si la succession est acceptée purement et simplement. Il y a alors un ou plusieurs héritiers qui représentent le défunt ; ils peuvent être actionnés pour leur part et portion ; l'hypothèque judiciaire frappe sur les biens qu'ils amendent de la succession et sur leurs biens personnels (2).

Je croyais cette opinion incontestable, lorsque j'ai vu que M. Grenier, se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 1818 (3), a soutenu qu'un créancier, chirographaire au moment du décès de son débiteur, ne pouvait acquérir d'hypothèque, au préjudice des autres créanciers chirographaires, sur les biens de la succession échus aux héritiers purs et simples. M. Grenier convient bien qu'on peut obtenir des jugements portant hypothèque sur les biens personnels des héritiers, mais non pas sur les biens héréditaires. Et il invoque, à l'appui de son sentiment, Denizart (v° *Hypothèque*, n°s 45

(1) Art. 2146 du Code Napoléon.

(2) Ferrières, Dict. de prat., v° Hyp. Lamoignon, des Act. pers. et hyp., art. 40. Bourjon, t. 2, p. 539, n° 41.

(3) Dalloz, Hyp., 179.

et 46), qui dit que, *le droit des uns et des autres s'étant trouvé égal au moment de la mort du débiteur commun*, l'antériorité ou postériorité des condamnations ne change point leurs qualités de chirographaires.

J'avoue qu'il m'est impossible de comprendre une doctrine exposée d'une manière si incomplète. Par l'acceptation de l'hérédité, les héritiers purs et simples ont appréhendé chacun une part et portion virile, qui est entrée dans leur patrimoine et a fait confusion avec leurs biens propres. Les condamnations obtenues contre eux (pour leur part et portion seulement) par l'un des créanciers chirographaires du défunt ont rendu ce dernier créancier personnel de chacun des héritiers: et qu'on ne dise pas qu'il a acquis *sur la succession* des droits qu'il n'avait pas auparavant; ce n'est plus de la succession qu'il est créancier, c'est de chacun des héritiers purs et simples. Dès lors, son hypothèque judiciaire a dû frapper à la fois sur les biens personnels de chacun de ces héritiers, et sur leur portion afférente des biens héréditaires, parce que tous ces biens n'ont formé qu'un tout confus et intime par l'acceptation pure et simple. L'héritier représente le défunt : de même que le créancier chirographaire le plus alerte à faire condamner le débiteur originaire aurait obtenu contre lui une hypothèque judiciaire préférable aux droits des chirographaires, de même le créancier a pu actionner l'héritier pur simple sans qu'on puisse s'en plaindre. Car *hæres personam defuncti sustinet;* seulement, s'il eût fait condamner le débiteur de son vivant, il pourrait poursuivre chacun de ses héritiers hypothécairement pour le tout ; au lieu que, n'ayant obtenu de condamnation que contre les héritiers, il ne peut les poursuivre hypothécairement que pour leur part et portion, par la raison que l'action personnelle était divisée, lorsque l'action hypothécaire s'est réalisée. Ainsi l'adition pure et simple a formé un nouvel état de choses, qui a transporté sur les héritiers les droits des créanciers de la succession. Ce n'est pas la succession qui a été condamnée, c'est le

patrimoine de l'héritier. Le créancier a donc cessé d'être créancier de la succession ; il n'est que créancier personnel de l'héritier.

Je sais bien que dans ce cas les autres créanciers, demeurés simples chirographaires, peuvent demander la séparation des patrimoines, s'ils y sont à temps. Par là, ils font sortir les biens héréditaires du patrimoine des héritiers, et laissent les biens personnels de ces derniers seuls responsables des condamnations obtenues contre eux (1). Alors le créancier, qui a obtenu les jugements, ne peut plus se prévaloir de la confusion des patrimoines, pour soutenir que son hypothèque s'étend aux biens héréditaires; alors les créanciers chirographaires peuvent lui objecter avec raison le principe *que la succession* ne peut pas être plus grevée après la mort du débiteur, qu'elle ne l'était au moment du décès; alors ils peuvent lui dire *que le droit des uns et des autres, s'étant trouvé égal à l'époque de la mort du débiteur commun*, doit rester le même: alors aussi je comprends la doctrine de M. Grenier et l'arrêt dont il se prévaut. Mais tant qu'on laissera la confusion dans les patrimoines, et qu'on n'usera pas du bénéfice de la loi, je ne pourrai me déclarer partisan de cette égalité parfaite dont on parle, égalité qui est incompatible avec l'effet que la loi attache à tout jugement de condamnation, et à l'acceptation pure et simple d'une succession (2).

Pour me résumer, je dirai donc: Oui, sans doute, la succession étant ouverte, les créanciers chirographaires peuvent empêcher l'un d'entre eux d'acquérir hypothèque sur les biens de la succession acceptée purement et simplement; mais, pour cela, il faut qu'ils demandent

(1) Arg. d'un arrêt de la Cour de cass. du 9 décembre 1823. Den., 23, 1, 500.

(2) Le sentiment que j'exprime ici a été soutenu devant la Cour de cassation par M. l'avocat général Laplagne-Barris, et embrassé par M. A. Dalloz (v. D. 33, 1, 353, note 4). C'est une raison de plus pour que j'y persiste.

la séparation des patrimoines ; sans quoi, le créancier porteur d'un jugement contre les héritiers acquerra hypothèque pour leur part et portion sur les biens de la succession, qui sont devenus leurs biens propres par l'effet de l'adition.

Et voilà pourquoi je trouve que l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 février 1818, dont parle M. Grenier, a été mal rendu (1). Car les créanciers chirographaires n'avaient pas demandé la séparation des patrimoines. La Cour de cassation me paraît être rentrée dans les vrais principes, dans un arrêt du 9 décembre 1823 (2). Mais cet arrêt est intervenu dans une espèce un peu différente de celle qui m'occupe maintenant. Aussi je me contente d'en tirer pour la difficulté actuelle un argument et de simples inductions.

SECTION III.

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES.

ARTICLE 2124.

Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent.

SOMMAIRE.

460. L'hypothèque ne peut être consentie que par ceux qui ont capacité pour aliéner.
461. De la femme mariée sous le régime de la communauté. De celle qui est mariée sous le régime dotal. De celle qui est séparée de biens, ou marchande publique.
462. La nullité de l'hypothèque de la femme peut être opposée par elle, par son mari, par leurs héritiers et par les créanciers de la femme.

(1) M. Delvincourt est aussi de cet avis, t. 3, note 7 de la p. 158.
(2) Den., 23, 1, 500.

COMMENTAIRE.

460. L'hypothèque, étant une aliénation d'une portion du domaine de la chose, ne peut être consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner (1). Tels étaient aussi les principes de l'ancienne jurisprudence (2).

461. Je parlerai d'abord des femmes mariées.

Pour savoir si la femme mariée peut hypothéquer son bien, il faut distinguer si elle est mariée ou non sous le régime dotal.

Lorsque la femme n'est pas mariée sous le régime dotal, on trouve dans l'art. 217 le principe régulateur de la matière. « La femme, même non commune ou séparée » de biens, ne peut donner, aliéner, *hypothéquer*, etc., » sans le concours du mari dans l'acte, ou son consente- » ment par écrit. »

A l'égard de la femme mariée sons le régime dotal, il faut distinguer ses biens paraphernaux d'avec les biens constitués en dot.

Les biens paraphernaux, d'après ce qu'on vient de voir

(1) Je me suis livré à plus de détails sur cette matière dans mon Commentaire de la *Vente*, n[os] 165 et suiv. — J'ajoute ici qu'il faut assimiler le liquidateur d'une société à un mandataire ordinaire, et lui refuser par suite le droit d'hypothéquer les immeubles sociaux pour des dettes de la société, à moins qu'il n'ait un pouvoir spécial à cet effet. *Sic* Cassation, 2 juin 1836 (Sirey, 36, 1, 673). — V. *infrà*, n° 510.

(2) Basnage, Hyp., ch. 3, n° 3.

par l'art. 217 du Code Napoléon, ne peuvent être hypothéqués qu'avec l'autorisation du mari (1).

A l'égard des biens dotaux, c'est-à-dire de ceux qui constituent le fonds dotal, la femme ne peut les hypothéquer, même avec la permission de son mari.

L'art. 1554 du Code Napoléon porte en effet : « Les » immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou » *hypothéqués* pendant le mariage, ni par le mari, ni par » la femme, ni par les deux conjointement, sauf les ex- » ceptions qui suivent. »

Ces exceptions sont écrites dans les art. 1555, 1556, 1557, 1558. Je n'en dis pas davantage ici. Car les développements dans lesquels je pourrais entrer appartiennent moins à mon sujet qu'à la matière des dots. Je renvoie seulement à ce que j'ai eu occasion de dire ci-dessus, n° 436 *bis* (2).

On a demandé si la femme mariée sous le régime dotal, venant à obtenir la séparation des biens, *cum maritus vergit ad inopiam* (art. 1563 du Code Napoléon), peut hypothéquer le fonds dotal.

Il faut décider que, malgré la séparation, ou la restitution de la dot obtenue par la femme, la dot n'en conserve pas moins son caractère, et reste inaliénable ; car cette restitution n'est qu'une séquestration de la dot, une sûreté pour empêcher la dissipation du bien de la femme. Telle est l'opinion unanime des auteurs qui ont écrit sur le régime dotal (3).

(1) Art. 1576 du Code Napoléon.

(2) Et à mon Comment. du *Contrat de mariage*, n°s 3340 et suiv. Je dois cependant indiquer une question qui a été diversement jugée ; c'est celle de savoir si la faculté stipulée dans le contrat de mariage d'*aliéner* l'immeuble dotal comprend, de droit, la faculté de l'*hypothéquer* : et je renvoie au même Commentaire, n°s 3363 et suiv., où je traite dans tous ses développements cette question devenue célèbre.

(3) Olea, *De cessione jurium*, t. 3, q. 7, n° 22. Donadeus, *De renuntiatione*, c. 21, n° 40. Cassat., 19 août 1819. Sirey, 20, 1, 19. Dalloz, Mariage (contrat de), p. 347, note, n° 2. Grenier, t. 1, n° 85.

Je ne dois pas terminer ce qui regarde les femmes mariées, sans parler de la femme qui est marchande publique.

La femme marchande publique ne peut hypothéquer ses biens dotaux (art. 7 Code de commerce) ; car le principe de l'inaliénabilité de la dot ne cède devant aucune considération.

Mais, à l'égard de leurs autres immeubles, les femmes marchandes publiques peuvent les grever d'hypothèques (art. 7 Code de commerce).

C'est en ce sens, et avec les modifications résultant de l'art. 7 du Code de commerce, que doit être interprété l'art. 220 du Code Napoléon, dont la rédaction trop générale pourrait être la source de graves erreurs, si on s'attachait à la lettre plus qu'au sens et à l'esprit.

462. Lorsqu'une femme mariée, commune ou non commune, hypothèque ses biens sans l'autorisation de son mari, elle peut faire annuler cette hypothèque. Son mari a le même droit, ainsi que les héritiers de l'un et de l'autre (art. 225 du Code Napoléon.)

Mais on a agité la question de savoir si la nullité fondée sur le défaut d'autorisation pouvait être opposée par les créanciers de la femme. M. Toullier a soutenu la négative, sur le motif que c'est un droit attaché à la personne de la femme (1). Mais cette opinion inadmissible a été réfutée par les auteurs de la Thémis (2) et par M. Merlin (3) ; M. Toullier lui-même l'a plus tard abandonnée (4).

En effet, sans vouloir discuter ici cette question, je me bornerai à dire que des textes très-positifs établissent que le défaut d'autorisation peut être opposé par d'autres que la femme (5) ; ce n'est donc pas un droit personnel.

(1) T. 7, p. 167 et suiv.
(2) T. 6, p. 42.
(3) Q. de Droit, Hyp., p. 414.
(4) T. 7, p. 679, note 1.
(5) L. 18, §§ 5 et 19, Dig. *De minor.* Arg., l. 5, C. *De temp. in integ. rest.* Art. 225 du Code Napoléon.

463. *Quid* si, après la dissolution du mariage, la femme venait à ratifier l'hypothèque par elle donnée sans autorisation? Pourrait-on dire que l'hypothèque ne doit commencer à prendre existence que du moment de la ratification, ou bien que la ratification produit un effet rétroactif, jusqu'au jour de la première hypothèque? Je traiterai ailleurs cette difficulté (1).

463 *bis*. Les communes, les hospices et autres établissements de main-morte ne peuvent hypothéquer leurs biens sans une ordonnance du roi (2).

Quant aux mineurs, voyez l'art. 2126, qui en traite spécialement.

463 *ter*. Les individus morts civilement sont-ils dans l'incapacité d'hypothéquer? On peut dire en leur faveur qu'ils ne sont pas incapables des actes du droit des gens, qu'ils peuvent commercer, acheter des immeubles avec leur gain, et les vendre; que par conséquent il semble qu'ils puissent hypothéquer (3). C'est ce qui avait lieu dans le droit romain.

« Deportatus civitatem amittit, non libertatem: et » speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen » gentium utitur : emit enim et vendit, locat, conducit, » permutat, fœnus exercet, et cætera similia, et posteà » quæsita *pignori dare potest.* » L. 150. *De inter. et releg. et deport.* (4).

C'est aussi le sentiment de Richer (5), et il est adopté sans discussion par M. Merlin (6).

Je ne crois pas devoir le partager. En France, l'hypothèque ne peut être établie que par une convention revêtue de formes solennelles et *du droit civil.* Ce n'est

(1) *Infrà*, nos 487 et suiv.

(2) V. mon Commentaire de la *Vente*, nos 171 et suiv.

(3) J'ai dit *suprà*, que l'hypothèque est en soi du droit des gens, nos 392 et 392 *bis*.

(4) Pand. de Pothier, t. 3, p. 522.

(5) Liv. 3, art. 1, ch. 1, p. 205.

(6) Répert., t. 17, Mort civile, p. 158.

pas comme chez les Romains, où elle s'établissait sans formalités. Dès lors je crois qu'il n'est pas possible qu'un mort civil vienne emprunter les formes du droit civil, pour en revêtir ses engagements. Qu'il soit admis à la participation de tous les actes qui, comme vente, échange, mandat, sont du pur droit des gens, et peuvent se passer des *formes civiles;* je le conçois et je l'admets. Mais il me semble qu'il répugne à la raison que le mort *civil*, qui est exclu de la société *civile*, lui demande le secours de ses solennités. Il n'y a, au surplus, aucune contradiction entre ce que j'ai dit ci-dessus de l'étranger (1), et l'opinion que je propose ici. L'étranger n'est pas mort civil: il se marie, il peut faire des donations, en un mot il participe à tous les actes du droit des gens, bien que le droit civil les ait soumis à certaines formalités spéciales. Mais le mort civil ne peut se marier, il ne peut faire des donation. Retranché de la communauté *civile*, tout ce qui emprunte quelque chose du *droit civil* me paraît lui devoir être interdit (2).

464. De même qu'on ne peut vendre la chose d'autrui, de même on ne peut hypothéquer une chose dont on n'est pas propriétaire.

Mais que faudrait-il décider, si ultérieurement cette chose venait à appartenir d'une manière légale à celui qui précédemment l'avait hypothéquée sans qu'il en fût propriétaire?

Sur cette question, qui partage les auteurs, voyez ce que je dirai sur l'art. 2129.

(1) Nos 392 et 392 bis.

(2) Les droits dont nous jouissons découlent de trois sources, du droit naturel ou des gens; du droit naturel ou des gens modifié par le droit civil; du pur droit civil. L'étranger n'est privé en France que des droits découlant du pur droit civil: mais le mort civil, placé à un degré inférieur, est exclu de toute participation aux droits organisés ou modifiés par le droit civil. Il ne peut prendre part qu'aux contrats laissés sous l'empire du pur droit des gens.

ARTICLE 2125.

Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

SOMMAIRE.

465. Cet article est fondé sur le principe que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

466. Explication de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

467. Lorsqu'un héritier se fait restituer contre son acceptation, que deviennent les hypothèques qu'il a créées avant sa restitution en entier?

468. *Quid juris* des hypothèques constituées par l'héritier apparent? Le véritable héritier peut-il les faire annuler? Opinions diverses à ce sujet. Examen de la question d'après le droit romain et le droit français. Objections contre l'opinion de M. Merlin. Raisons différentes de celles de M. Toullier. Il faut décider que les hypothèques ne sont pas valables.

468 *bis.* Dans le cas où le donateur a déguisé la donation sous forme de vente, si le prétendu acquéreur a constitué des hypothèques pendant sa jouissance, elles doivent être résolues, si l'héritier à réserve fait réduire cette donation déguisée comme excessive. Dissentiment avec la Cour de cassation.

468 *ter.* Examen du cas ou le droit de celui qui a constitué l'hypothèque est *suspendu* par une condition. Distinction entre la condition *suspensive* et la condition *résolutoire.* Conciliation de notre article avec l'art. 2129. Sens du mot *appartenir.*

468 *quat.* Application de ces principes au cas où celui qui a constitué l'hypothèque n'avait sur l'immeuble qu'un droit de réméré. Dissentiment avec M. Grenier.

469. Suite. Dissentiment avec un arrêt de la Cour de Besançon.

COMMENTAIRE.

465. Cet article est fondé sur cette maxime connue, « que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits » qu'il n'en a lui-même. » Si le droit de celui qui a conféré hypothèque est suspendu par une condition, l'hypothèque doit être subordonnée à la même condition. Il en est de même pour le cas d'une condition résolutoire, ou pour le cas d'une cause de rescision. L'hypothèque sera résolue si la condition arrive, ou si, par rescision, le droit de celui qui a donné l'hypothèque vient à être éteint. *Resoluto jure dantis*, *resolvitur jus accipientis.*

Ainsi le décidaient les lois romaines. « Purè vendito, et » in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, res » pignori esse desinit, si emptor eum fundum pignori » dedisset. » L. *Si ex duobus*, § ult. Dig., *De in diem add.*

466. Mais cette maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, n'est pas tellement générale qu'elle ne soit soumise à des exceptions. Il n'est pas toujours vrai qu'une hypothèque soit résolue, lorsque celui qui l'a conférée voit son droit anéanti.

Loyseau a traité cette matière avec les développements les plus lumineux (1).

Voici ses termes : « Il est une très-belle théorie du » droit, à savoir que quand la résolution se fait pour » *cause nécessaire*, alors les hypothèques contractées » depuis le contrat sont résolues, mais quand elle se fait » par la volonté de celui qui les a contractées, alors elles » ne se peuvent résoudre, afin qu'il ne soit en la puis- » sance du débiteur d'amortir l'hypothèque quand il le » voudra ; qui est la distinction qu'il faut tenir pour gé- » nérale, en tous les cas auxquels cette question peut » échoir (2).

» Elle est prise en la loi 3ᵉ, D. *Quid. mod. pig. vel* » *hypoth. solv.* « Si res distracta fuerit sic, nisi intrà cer- » tum diem meliorem conditionem venditor invenisset, » fueritque tradita et fortè emptor, antequàm melior » conditio offerretur, hanc pignori dedit, finitur pignus, » meliore conditione allatâ; quamquàm ubi sic res dis- » tracta est, *nisi emptori* displicuisset, finiri pignus non » putem. » La glose en rend la raison, « *quia in debitoris* » *arbitrio* esse non debet an res sit obligata, necne. »

(1) Déguerp., liv. 6, ch. 3, n° 6.

(2) Quoi qu'en dise Loyseau, il y a quelques exceptions. Par exemple, lorsque l'envoyé définitif est obligé, par le retour de l'absent, de lui rendre les biens. Alors, quoiqu'il ne les lui *rende pas volontairement*, cependant les actes faits *medio tempore* subsistent (art. 132 du Code Napoléon). Mais cette exception a été déterminée par des motifs particuliers.

Il n'est cependant pas toujours facile de discerner quand la résolution du contrat est *ex causâ voluntariâ, vel ex causâ necessariâ*. Bartole lui-même s'y est trompé (1).

Il pense en effet que s'il y a lésion d'outre moitié, les hypothèques doivent tenir en cas de rescision du contrat, par la raison, dit-il, que la cause de la résolution est volontaire; car il dépend de l'acheteur de suppléer le juste prix.

Mais Balde et beaucoup d'autres (2) ont réfuté cette opinion, par cette observation décisive, que si l'acheteur supplée et augmente le prix, c'est faire un nouveau contrat, et non pas garder l'ancien marché; d'où il suit qu'on ne peut rien reprocher de volontaire à l'acheteur. Il se tient au contrat tel qu'il a été stipulé. C'est une cause nécessaire et indépendante de sa volonté, qui détruit son titre. Le sentiment de Balde a été adopté par notre article (3).

On doit dire aussi, par la même raison, que les hypothèques données par un fermier, pour sûreté de son administration, cessent de plein droit lorsque le fermier a rendu ses comptes à l'expiration de son bail. La résolution se fait ici *ex causâ necessariâ*, par la force de la convention.

De même, si Pierre donne un immeuble à Caïus, à condition qu'il bâtira une chapelle sur cet immeuble, et qu'après avoir concédé des hypothèques sur cet immeuble, Caïus refuse d'accomplir la charge de la donation,

(1) Sur la loi 2, C. *De rescind. vend.*

(2) Salicet. Paul de Castro. Alexandre. Alciat. Neguz., *De pignorib.* 1, memb. 5, part. n° 43. Tiraqueau, *De retractu convent.*, § 3, gl. 1, n° 12. Socin le jeune, conseil 119, n° 16, lib. 2. Fachin., Controv., lib. 2, cap. 23. Loyseau, Déguerp., liv. 6, ch. 3, n° 6. Pothier, Orléans, t. 20, n° 57. Voët, liv. 20, t. 6, n° 9. V. aussi mes Commentaires de la Vente, t. 2, n°s 651 et 860, et de l'Échange, n° 26.

(3) Il en est de même d'après un arrêt de la cour de Paris dans le cas de résolution de vente d'immeuble pour défaut de payement. Arrêt du 7 avril 1824 (Sirey, 25, 2, 188).

la résolution que Pierre fera prononcer de la donation annulera les hypothèques créées *medio tempore* (1). Cette résolution s'opère en effet *ex necessitate pacti impressi in ipsâ rei traditione*, et par conséquent en vertu d'une cause *antiqua et primæva*.

Au contraire, lorsque la résolution s'opère pour une cause volontaire, les hypothèques concédées *medio tempore* doivent subsister.

On en a vu un exemple dans l'espèce de la loi 3ᵉ, D. *Quib. mod. pignus vel hypoth. solv.*

On peut encore apporter un autre exemple dans le cas où une donation est révoquée pour cause d'ingratitude; alors les hypothèques subsistent (2). Car, dit Loyseau (3), « cette ingratitude consiste en quelque action qui est vo- » lontaire. Aussi que cette révocation procède d'une » cause depuis survenue, et non d'une cause exprimée, » et d'un caractère imprimé lors de la tradition de la » chose (4).

467. Ces principes et ces détails servent à décider la question suivante.

Titius, majeur de vingt-un ans, a accepté une succession qu'il croyait opulente. Mais il découvre postérieurement un testament, qui était resté inconnu lors de l'acceptation, et qui absorbe, en libéralités faites à des tiers, plus de la moitié de la succession. Titius obtient sa restitution contre son acceptation, conformément à l'art. 783

(1) Art. 954 du Code Napoléon.

(2) Art. 958 du Code Napoléon. Mais une donation peut être anéantie par d'autres causes, par exemple pour des vices de forme. Quel serait, dans ce cas, le sort des hypothèques consenties par le donataire? La pratique s'est préoccupée de ce point; elle y a vu des difficultés sérieuses, et elle y pourvoit en exigeant le concours et l'obligation du donateur qui hypothèque conjointement avec le donataire. On trouve, dans la jurisprudence, quelques traces de cette pratique. V. Cassation, 13 juillet 1842 (*J. Pal.*, 1842, t. 2, p. 311) et 9 mars 1847 (*J. Pal.* 1847, t. 2, p. 449).

(3) Déguerp., liv. 6, ch. 3, n° 10.

(4) Autre exemple dans mon Comment. de la *Vente*, n° 575.

du Code Napoléon, et il répudie. Mais pendant qu'il possédait les biens, il a donné des hypothèques. Quel en sera le sort depuis sa répudiation? Seront-elles résolues, seront-elles valables?

On peut dire, pour la résolution, que cet héritier, en répudiant la succession, est censé n'avoir jamais été héritier, et que dès lors les hypothèques par lui consenties sont censées non avenues. Mais il faut tenir que les hypothèques sont valables.

La raison en est que, *medio tempore*, Titius était vrai et légitime propriétaire des biens, et que par conséquent il a pu les aliéner, *uti perfectis dominis competit.* La restitution n'a pu effacer cette qualité de propriétaire. Elle procède d'une cause volontaire, *ex causâ voluntariâ;* c'est Titius lui-même qui l'a sollicitée sans aucune cause obligatoire. Son propre fait ne doit pas nuire à ses créanciers.

C'est ce que les lois romaines décident positivement à l'égard d'un mineur qui se fait restituer contre son acceptation. « Quemadmodùm per contrarium, *quùm mi-* » *nor restituitur ad adeundam hæreditatem*, quæ anteà » gesta erunt per curatorem bonorum, decreto prætoris, » ad distrahenda bona secundùm juris formam consti- » tutam, rata esse habenda, Calpurnio Flacco Severus » et Antonius rescripserunt. » L. 22, D. *De minor. vig.* (1).

Aussi Pothier (2) a-t-il ainsi expliqué les effets de la restitution.

« Restitutionis autem effectus eò tantùm producitur, » ut qui adversùs aditam hæreditatem restituitur, hære- » ditariis actionibus non conveniatur; non verò eò pro- » duci potest, ut reverà hæres non fuerit. » A cette autorité on peut joindre celle de Furgole (3).

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 151, n° 62.
(2) Pand., t. 1, p. 151, n° 62. Sur la loi 31, Dig. *De minorib.*
(3) Test., t. 4, p. 63, n° 100.

468. Il est une autre question non moins importante et plus difficile, c'est de savoir si, lorsqu'un héritier apparent vient à être évincé par l'héritier véritable, les hypothèques qu'il a accordées à des tiers, pendant sa jouissance, sont valables au regard de l'héritier véritable, ou si, au contraire, elles sont résolues.

Trois opinions se sont ouvertes à cet égard dans le cas de vente. 1° Un arrêt de la cour de Caen, du 21 février 1814, confirmé par un arrêt de rejet (1) de la Cour de cassation, du 3 août 1815, décide que la vente doit être maintenue *toutes les fois qu'il est reconnu que le tiers est de bonne foi*. La Cour de cassation établit, dans ses considérants, que cette décision est fondée sur une ancienne jurisprudence, conforme au droit romain (2), et soutenue par les motifs les plus puissants d'ordre et d'intérêt public (3).

Cette jurisprudence consiste dans un arrêt du parlement de Rouen du 19 juin 1739, rapporté au Répertoire, v° Succession, sect. 1, § 5, n° 2, et un arrêt de la cour de Paris du 14 fructidor an XII, rapporté au même Recueil, v° Bâtard, sect. 2, § 4. Mais ces deux arrêts constituent-ils une jurisprudence? Je ne le crois pas, d'après la loi 38 au D. *De leg.*

2° La seconde opinion est celle de M. Merlin, dans ses *Questions de Droit*, v° Héritier, § 3. Il est d'avis que la vente de l'*hérédité* est toujours attaquable contre les tiers par les héritiers véritables. Mais à l'égard d'un objet singulier de l'hérédité, M. Merlin pense que la vente doit être maintenue dans un cas à raison de la bonne foi du vendeur ; c'est lorsque le vendeur a consommé le prix

(1) Sirey, 15, 1, 86.

(2) Denevers dit *droit commun*; MM. Merlin et Toullier disent *droit romain*.

(3) Il existe un autre arrêt conforme de la cour de Paris du 1er mai 1830. Dalloz, 30, 2, 217. Mais il a été cassé par un arrêt du 26 août 1833, dont je parle dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 2, n° 960. On y trouvera de nouveaux détails sur toute cette question.

sans devenir plus riche. Alors, dit M. Merlin, on ne peut actionner les tiers détenteurs. Car si on les actionnait, ils auraient leur recours contre le vendeur, et l'action en délaissement retomberait en définitive sur ce dernier. Cependant il ne peut pas être tenu de ce dont il ne s'est pas enrichi. Donc les acquéreurs sont à l'abri de toute attaque, par l'exception tirée *ex personâ venditoris* (1).

3° Un troisième avis a été embrassé par M. Toullier. Cet auteur, se fondant sur l'art. 2125 du Code Napoléon, qui veut qu'on ne puisse transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même, s'élève avec force contre le maintien des ventes faites par l'héritier putatif, quelle que soit la bonne foi de celui-ci ou de l'acquéreur. Ce dernier système, qui paraît être celui de Lebrun (2), est adopté par M. Grenier (3). C'est aussi celui qui me paraît devoir l'emporter. Mais, pour le prouver, il faut entrer dans des détails d'autant plus importants, que MM. Toullier et Grenier, adversaires de M. Merlin, ne me semblent pas l'avoir combattu sur le terrain qu'il a choisi. Jetons d'abord un coup d'œil sur la législation romaine.

Tous les interprètes s'accordaient à dire qu'on pouvait agir par la pétition d'hérédité contre celui qui détenait l'hérédité, *pro hærede, vel pro possessore*, c'est-à-dire contre celui qui, se croyant héritier, s'était emparé des biens de la succession, soit à cause d'un testament nul qu'il réputait bon, soit parce qu'il présumait être le successible le plus rapproché; ou bien contre celui qui, étant interrogé sur son titre de possession, n'avait autre chose à répondre si ce n'est : *possideo quia possideo;* ou

(1) M. Malpel adopte, avec quelques modifications, l'opinion de M. Merlin dans son Traité des Successions, et il cite à l'appui de sa doctrine quatre arrêts du parlement de Toulouse, rendus en 1773, 1779, 1780, 1788.

(2) Liv. 3, chap. 4, n° 57.

(3) Hyp., t. 1, p. 101 et suiv.

bien enfin contre celui qui avait acheté sciemment du faux héritier (1).

Comme les possesseurs sont de bonne foi ou de mauvaise foi, la loi sur la pétition d'hérédité avait fait une différence entre les uns et les autres. Cette différence était particulièrement marquée dans le sénatus-consulte dont le texte est rapporté dans la loi 20, § 6, D. *De petit. hæred.* (2).

Le possesseur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui avait un juste sujet de se croire héritier, n'était tenu que jusqu'à concurrence de ce en quoi il s'était enrichi, « eos » autem qui justas causas habuissent quare bona ad se » pertinere existimâssent, usque eò duntaxat, quò locu» pletiores ex eâ re facti essent. »

S'il avait vendu des biens héréditaires, il n'était tenu que de rendre le prix et pas la chose (3); si ce prix était perdu, si l'héritier putatif de bonne foi l'avait dépensé, et même dilapidé, pensant qu'il ne faisait qu'abuser d'une chose sienne, il n'était pas obligé de le payer. Car les sénatus-consultes ne l'obligeaient à rendre que ce en quoi il s'était enrichi (4).

Mais à l'égard du possesseur de mauvaise foi, il en était autrement; il devait rendre la chose même qu'il avait vendue, ou ce qu'il en avait reçu en principal et intérêts; mais s'il avait eu un juste sujet de la vendre dans l'intérêt de l'hérédité, comme pour payer les dettes ou les frais funéraires (5), il n'était tenu que de ce qu'il avait vendu en plus ou en moins de la véritable valeur de la chose (6).

(1) Perez, lib. 3, t. 31, n° 9. Corvinius, *Enarrat.*, *eod. loc.*, p. 120. Favre, C., lib. 3, t. 21, déf. 8. Voët, lib. 5, t. 3, n° 7.

(2) Pand. de Pothier, t. 1, p. 204, n° 29.

(3) Pothier, Pand., t. 1, p. 205, n° 34.

(4) Idem, p. 207, n° 41. Voët, *loc. cit.*, n° 18.

(5) L. 20, § 2 et 12, Dig. *De petit hæred.* Pothier et Voët, *loc. cit.*

(6) L. 20, § 2, Dig., *De petit. hæred.* Voët, n° 18.

On voit la grande différence de position que la loi avait mise entre l'un et l'autre possesseur. On avait voulu favoriser, autant que possible, le possesseur de bonne foi. La loi 25, § 1, s'en explique clairement en ces termes : « Consuluit senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum » damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur in quo » locupletiores facti sunt. »

En effet, un père de famille a juste sujet de se croire héritier : il s'empare de la succession, la gère, en dispose comme d'une chose à lui appartenant; devra-t-il être scrupuleusement recherché par le véritable héritier, qui ne s'est pas présenté, qui l'a laissé posséder tranquillement pendant de longues années? Il est très-probable que si le possesseur de bonne foi eût su que la chose ne lui appartenait pas, il aurait agi avec plus de prudence, et n'aurait rien dissipé; mais, se croyant maître de la chose, il a pu en user *ut moderator et arbiter*. Ainsi raisonnaient les jurisconsultes romains (1).

Aussi avaient-ils interprété de la manière la plus large ces mots, *locupletior factus est*, dont parle le sénatus-consulte. Pour être censé s'être enrichi, il ne suffisait pas que le vendeur eût reçu le prix de la chose; car il pouvait l'avoir consommé, et n'en être pas plus riche. Il fallait que le prix fût encore existant au moment de l'action; *id quod durat*, dit la loi 23, D. *De petit. hæred.* (2).

Mais si cette interprétation était équitable en théorie, dans la pratique elle était sujette à tant d'inconvénients, qu'elle était d'une application presque impossible.

Ecoutons Pothier (3).

« Il est très-difficile d'en faire l'application dans la » pratique, n'étant guère possible de connaître si le pos- » sesseur de bonne foi, qui a reçu des sommes d'argent

(1) Favre, *Rationalia*, sur la loi 25, § 11, D. *De petit. hæred.*
(2) Favre, *loc. cit.*, sur cette loi.
(3) De la propriété, n° 429.

» des débiteurs de la succession et du prix de la vente » des effets, et qui les a employées, se trouve plus riche » au moment de la demande en pétition d'hérédité. Il » faudrait pour cela entrer dans le secret des affaires des » particuliers, ce qui ne doit pas être permis. Il a fallu, » *dans notre pratique française*, s'attacher à une règle sur » cette matière, qui est que personne ne devant être » présumé dissiper ce qui fait le fonds d'un bien qu'il » croit lui appartenir, le possesseur des biens d'une suc- » cession est censé avoir profité de tout ce qui lui est par- » venu des biens de cette succession, et en profite encore » au temps de la pétition d'hérédité, à moins qu'il ne » fasse apparoir du contraire.

» C'est pourquoi, lorsque le possesseur de bonne foi » a été condamné de rendre les biens de la succession » au demandeur, il doit lui donner compte de toutes les » sommes qu'il a reçues, soit des débiteurs de la suc- » cession, soit du prix de la vente des effets de la suc- » cession, et généralement de tout ce qui lui est par- » venu. »

Ces principes de notre pratique française sont en effet plus conformes à la loi 18, D. *Quod metûs causa.*

On vient de voir ce qui concerne l'action *directe* en pétition d'hérédité.

Je passe maintenant à un nouvel ordre de choses, et j'examine si le véritable héritier peut revendiquer les biens contre les *tiers acquéreurs* qui les possèdent.

Les Romains, comme chacun sait, tenaient beaucoup à la forme des actions, et ne s'en écartaient que pour de grandes raisons d'équité.

Lorsqu'un propriétaire voulait avoir sa chose possédée ou acquise de bonne foi par un tiers, il devait exercer l'action en revendication, qui était une action réelle, *specialis in rem* (1). L'héritier, étant seul propriétaire véritable de la chose, pouvait donc la revendiquer dans les

(1) V. Dig., *De rei vindicat.*

mains de ceux qui en étaient détenteurs, tant que ceux-ci n'avaient pas acquis de prescription (1).

Cependant, pour que l'acquéreur de bonne foi ne fût pas inquiété gratuitement, on avait voulu que, toutes les fois que le vendeur était prêt à indemniser le véritable héritier, le tiers détenteur pût repousser la demande en revendication, en disant : « *Convenias venditorem qui respondere tibi paratus est* (2). »

Mais l'action vendicatoire entraînait après elle des inconvénients : la position du demandeur y était très-dure. Il devait prouver non-seulement qu'il était héritier du défunt, et que la chose faisait partie de l'hérédité, mais encore que le défunt en était le maître. De plus, dans l'action de revendication, le possesseur de bonne foi n'était tenu des fruits que du jour de la demande (3).

Au contraire, l'action en pétition d'hérédité était plus avantageuse à l'héritier réel. Dans l'action en pétition d'hérédité, il lui suffisait de prouver qu'il était héritier, et que la chose était dans les biens du défunt. Le défendeur devait rendre tous les fruits, depuis la mort du défunt.

Ces deux actions ne produisaient donc pas le même émolument. Le véritable héritier n'avait pas le même avantage à poursuivre les tiers par l'action vendicatoire, qu'à poursuivre l'héritier apparent par la pétition d'hérédité.

Frappés de cet inconvénient, les jurisconsultes romains se demandèrent si dans certains cas on ne pourrait pas donner l'action utile en pétition d'hérédité contre les tiers détenteurs.

Lorsque ces tiers détenteurs n'avaient que des choses singulières de l'hérédité, cela n'était pas possible; l'action en revendication pouvait seule compéter.

(1) L. 7, C. *De petit. hæred.* Pothier, Pand., t. 1, p. 201, n° 16.
(2) Accurse et Bartole, sur la loi 25, § 17, Dig., *De petit. hæred.*
(3) Perez, C., lib. 3, t. 31, n° 12. Favre, *Rationalia*, l. 13, § 4, *De petit. hæred.*

Mais lorsque le tiers détenteur avait acheté toute l'hérédité, on vit plus de facilité à l'assimiler à un héritier. Dès lors, afin que le demandeur ne fût pas obligé d'intenter autant d'actions en revendication qu'il y avait de choses spéciales dans la succession, on lui permit, PAR ÉQUITÉ, d'intenter l'action utile en pétition d'hérédité contre l'acquéreur de l'hérédité. Comme Fabre le prouve fort bien dans ses *Rationalia* sur la loi 13, § 4, c'était faire fléchir les principes, et donner au véritable héritier une latitude contraire aux règles du droit. Mais enfin cette extension est écrite dans la loi 13, § 4, D. *De petit. hæred.* Du reste, le véritable héritier pouvait toujours, malgré ce bénéfice, rentrer dans le droit commun, et exercer l'action en revendication, s'il le jugeait plus convenable.

Maintenant je dois dire à quelles modifications était soumise la faculté de diriger cette action utile contre l'acquéreur de l'hérédité.

Si l'acquéreur avait acheté de mauvaise foi, et s'il avait su que l'hérédité n'appartenait pas au vendeur, il était tenu, dans tous les cas, de l'action utile en pétition d'hérédité (1).

Mais si l'acquéreur était de bonne foi, alors il n'était soumis à l'action utile que lorsque le véritable héritier n'avait pas de recours contre l'héritier apparent. Ce recours pouvait lui manquer en effet, soit que l'héritier apparent n'existât plus, et qu'il n'eût pas laissé d'héritiers, soit qu'il eût vendu à vil prix une hérédité opulente (2), soit enfin qu'il fût devenu insolvable, comme je le dirai plus bas (3).

Pour bien entrer dans l'esprit de ce système, il faut connaître la loi 13, § 4, D. *De petit. hæred.* Elle pose la question suivante :

(1) L. 13, § 8, Dig., *De petit. hæred.* L. 126, D., *De reg. juris.* Pothier, Pand., t. 1, p. 201, n° 13.

(2) Accurse et Bartole, sur la loi 13, § 8, Dig., *De petit. hæred.*

(3) L. 13, § 4, Dig., *De petit. hæred.*

Titius vend une hérédité dont il se croyait possesseur légitime. La pétition utile d'hérédité devra-t-elle être donnée contre l'acheteur, afin que le demandeur ne soit pas obligé d'intenter autant d'actions qu'il y a de choses héréditaires?

Il est certain, dit Ulpien, que le vendeur est tenu de l'action en pétition d'hérédité; car il possède le prix, et à raison de la possession du prix, il est censé posséder l'hérédité. Dans ce cas, il semble que ce soit contre lui que le véritable héritier doive se diriger.

Mais supposons que le vendeur n'existe plus; ou bien supposons un autre cas, savoir, que le vendeur a vendu l'hérédité à un prix fort au-dessous de sa valeur. Comme il est de bonne foi, il ne sera tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité. Faudra-t-il donc que le véritable héritier perde le surplus? Ou bien pourra-t-il recourir contre l'acheteur? Caïus Cassius pense que l'action utile en pétition d'hérédité peut être intentée contre cet acheteur.

Tel est le sens véritable de cette loi. C'est ainsi que l'entendent Bartole, la glose, Fachinée (1), Perez (2), Pothier (3). Tout en posant le principe que l'action utile en pétition d'hérédité peut être intentée contre l'acheteur, principe contenu dans les §§ 9 et 10 de la loi 13, D. *De petit. hæred.*, elle ne la donne pas dans tous les cas. Au contraire, toutes les fois que le véritable héritier peut être indemnisé par le vendeur, c'est contre lui qu'il doit se diriger « Sed ità demùm, dit Vinnius, emptorem con» veniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, » aut si non expediàt petitori hæreditatem à venditore peti, » quem directâ petitione teneri certum est (4). »

(1) Controv., lib. 1, c. 4.
(2) Lib. 3, t. 31, n° 12.
(3) Pand., *loc. cit.*
(4) *Partitiones juris*, lib. 3, c. 32, p. 339, col. 2, et *Quæst. select.*, lib. 1, c. 23.

Bien plus, plusieurs auteurs pensent même que, lorsque le véritable héritier ne peut être rendu indemne par le vendeur, il n'a d'action contre l'acquéreur que dans deux cas : 1° lorsque le vendeur n'existe plus; 2° lorsque, la vente ayant été faite à vil prix, le véritable héritier ne pourrait recouvrer qu'une faible partie de la valeur de sa chose, si on ne lui permettait pas d'actionner l'acquéreur. C'est ce que disent très-expressément Fachinée (1) et Perez (2); Bartole et la glose semblent ne leur être pas contraires.

Néanmoins, je pense que les deux cas dont parle le § 4 de la loi 13 sont plutôt indicatifs que limitatifs, et qu'Ulpien, qui adopte l'avis de Cassius, a voulu poser des exemples pour établir que le véritable héritier peut recourir contre le tiers acquéreur de l'hérédité, toutes les fois qu'il ne peut maintenir d'une autre manière l'intégrité de ses droits, ou qu'il a un intérêt réel à agir contre cet acquéreur.

On vient de voir que c'était l'avis de Vinnius; c'est aussi celui de Favre (3), qui se demande quelle différence il peut y avoir entre le cas où le vendeur n'existe plus, et le cas où il est dans la misère et l'insolvabilité. « Quid » enim refert an venditor non exstet, puta mortuus sine » hærede, an verò exstet quidem, sed adeò inops et ege» nus, ut adhùc inanis futura sit actio quæ contrà eum » instituetur?.... Igitur fatendum erit omni casu teneri » emptorem. »

Voilà ce qui concerne la pétition *utile* de l'hérédité contre le tiers acquéreur. Favre est loin d'approuver qu'on l'ait introduite dans le droit. Il attribue cette innovation à une fausse équité de Tribonien plutôt qu'à Ulpien, et il pense que dans aucun cas la pétition *utile* n'aurait dû être accordée contre l'acquéreur. Car cet acquéreur possède avec un juste titre, et l'action en pétition d'héré-

(1) *Loc. cit.*
(2) Lib. 3, t. 31, n° 12.
(3) *Rationalia*, sur la loi 13, § 4.

dité ne peut être intentée contre celui qui possède avec titre. Favre, qui est toujours enclin à traiter Tribonien avec sévérité, le rend responsable de ce renversement des principes, et soutient qu'il aurait fallu réserver à l'héritier réel la simple action en revendication.

Je viens d'examiner le cas où l'hérédité entière a été vendue.

J'examine maintenant avec les lois romaines celui où il n'a été vendu que des choses particulières de l'hérédité.

Il est certain qu'alors on ne pouvait pas intenter l'action utile en pétition d'hérédité contre celui qui possédait, *jure emptionis*, une chose particulière de l'hérédité. On ne pouvait intenter contre lui que la revendication spéciale, ainsi que je l'ai dit ci-dessus (1).

Mais cependant cette règle générale avait ses exceptions. Voyons en quoi elles consistent.

J'en ai signalé une tout à l'heure. Elle avait lieu lorsque le faux héritier était prêt à indemniser le véritable. Alors l'acquéreur pouvait dire à celui-ci : Recourez contre l'héritier apparent qui m'a vendu. L. 25, § 16 : « Quid tamen, si is qui vendidit paratus sit ità defendere » hæreditatem, ut perindè atque si possideret, convenia» tur? Incipit exceptio locum habere ex personâ emp» torum. »

La seconde exception était prévue par le même § 17 de la loi 25.

Le président Favre avertit dans ses *Rationalia* que ce texte est difficile à bien interpréter, et Bartole avait dit avant lui la même chose dans sa note sur cette loi : *Difficilis est.*

En voici le sens, d'après Pothier dans ses Pandectes.

Un héritier apparent, qui possède l'hérédité de bonne foi, vend certains objets faisant partie de cette hérédité, et il en consomme le prix sans aucun dol, de manière

(1) L. 7, C. *De petit. hæred.* Pothier, Pand., t. 1, p. 201, n° 16.

qu'il ne s'enrichit pas même de ce prix. On demande si le véritable héritier pourra exercer l'action vendicatoire contre les acheteurs, et s'il l'intente, on demande encore si les acheteurs ne pourront pas lui opposer l'exception « *quòd præjudicium fieri non debet inter actorem et eum* » *qui vendidit.* »

Je dois m'arrêter ici pour faire connaître l'objet de cette exception dont il est mention dans la loi 1, § 1, D. *De famil. ercisc.*, et qui a du rapport avec celle dont parlent les lois 16, D. *De except.*, et 7, D. *De hæred. petit* (1).

Dans le droit des Pandectes, la connaissance de la pétition d'hérédité appartenait au tribunal des centumvirs. Il était défendu aux autres tribunaux d'en connaître, même indirectement ou incidemment; en sorte que si, dans des affaires particulières relatives à la succession, il s'élevait un débat où la qualité d'héritier était mise en question, le tribunal saisi devait surseoir et renvoyer au tribunal des centumvirs (2), afin que cette question arrivât intacte à ceux-ci (3).

Justinien abrogea cette exception, *ne hæreditati præjudicium fiat*, par la loi dernière au C. *De petit. hæredit.* (4).

Mais à l'époque où Ulpien écrivait, elle subsistait encore, et ce jurisconsulte s'en fait d'abord une raison de douter. Il se demande si dans l'espèce le demandeur en revendication ne peut être repoussé par l'exception dont il s'agit, et si on ne peut le renvoyer à faire juger d'abord sa qualité avec le vendeur. Qu'a de commun la revendication intentée par le véritable héritier contre les tiers, avec la pétition d'hérédité à intenter plus tard contre le vendeur? Le vendeur de bonne foi semble désintéressé dans ce débat sur la revendication: car il ne peut être actionné pour le prix, puisqu'il l'a consommé

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 304, n° 15.
(2) Sur le tribunal des centumvirs. V. Cujas, 20, observ. 20.
(3) Favre, *Rationalia*, l. 7, Dig. *De hæred. petit.* Merlin, Q. de Droit, V. Héritier, § 3, n° 1.
(4) Pothier, Pand., t. 1, p. 202, n° 19.

de bonne foi. On ne pourra donc lui opposer ce qui aura été jugé sur les biens revendiqués ; et dès lors, en quoi la pétition d'hérédité se trouverait-elle préjugée entre le véritable héritier et le vendeur ?

Cependant ne peut-on pas répondre que l'exception pourra être proposée avec fruit ? Car si l'acquéreur est évincé, il exercera son recours contre son vendeur, et il arrivera par là que celui-ci se trouvera tenu immédiatement du prix. Or, on a vu tout à l'heure qu'il ne pouvait pas être recherché pour le prix, puisqu'il l'avait consommé de bonne foi.

Mais le demandeur répliquera : Qu'importe que vous ayez ou non un recours contre le vendeur ? Il n'en est pas moins vrai que, celui-ci ne possédant rien de la succession, je ne peux l'actionner devant le tribunal des centumvirs ; je ne peux donc jamais faire juger avec lui cette qualité d'héritier que vous me contestez. Votre exception serait injuste ! elle me mettrait dans une position telle que je ne pourrais agir contre vous à cause de l'exception, et que je ne pourrais non plus agir contre votre vendeur puisqu'il ne possède rien de l'hérédité (1).

Telles sont les objections que se fait Ulpien dans le sens du demandeur et du défendeur, d'après l'interprétation donnée par Favre à ses paroles laconiques.

Maintenant voici comment il résout la question : « Et » puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ha- » beant ad bonæ fidei possessorem. »

Il décide donc que si l'acquéreur n'a pas de recours contre le vendeur, on pourra exercer la revendication ; mais que si l'acquéreur a un recours en garantie, il n'y aura pas lieu à la revendication, afin que l'économie du sénatus-consulte ne se trouve pas dérangée.

Je remarque ici que cette décision d'Ulpien est tout à fait indépendante de l'exception, *ne præjudicium fiat hære-*

(1) Favre, *Ration.*, sur la loi 25, § 17. Merlin, *loc. cit.*, suit le commentaire de ce jurisconsulte.

ditati; le jurisconsnlte a prouvé que cette exception était injustement invoquée. Mais, en donnant au demandeur gain de cause sur ce point, Ulpien le condamne par un autre moyen absolu. Le juge doit se déclarer compétent: il ne doit pas renvoyer aux centumvirs; mais il doit débouter le demandeur, toutes les fois que l'acquéreur aura un recours contre le vendeur qui ne se sera pas enrichi, et cela d'aprés le sénatus-consulte qui ne veut pas que l'héritier apparent soit tenu à plus que ce dont il s'est enrichi.

J'ai dû faire cette remarque, afin qu'on ne s'imagine pas que la loi que j'ai analysée est abrogée par la loi dernière, au C. *De hæred petit.* Tous les docteurs reconnaissent que Justinien n'y a pas dérogé. Aussi Bartole se garde-t-il de dire que c'est par l'exception *ne præjudicium*, etc., que l'acquéreur gagne sa cause. Il dit: « Emptor potest uti exceptione ex personâ venditoris, ne » bonæ fidei possessor teneatur ultrà quàm sit locuple» tior. »

D'où il suit que l'empereur a pu abolir l'exception *ne præjudicium*, etc.; mais que l'exception *ex personâ venditoris* a toujours subsisté.

On peut conclure de l'ensemble de la loi 25, § 17, que le véritable héritier peut, en principe général, intenter l'action vendicatoire contre l'acquéreur d'une chose singulière de l'hérédité, de même qu'on lui a permis, par équité, d'intenter l'action en pétition d'hérédité contre celui qui a acquis toute l'hérédité.

Mais la loi 25, § 17, présente une exception dont ne parle pas la loi 13, § 4.

C'est que lorsque le vendeur de bonne foi a consommé sans dol le prix qu'il avait reçu pour la chose héréditaire, on ne peut actionner l'acquéreur. Car, en actionnant l'acquéreur, on agirait indirectement contre le vendeur, qui serait toujours tenu de l'action en garantie. Or, par cette action en garantie, il devrait payer le prix, et cependant l'action en pétition d'hérédité ne pourrait avoir pour ef-

fet de lui faire payer ce prix. Car par cette action il n'est tenu que *in quantum locupletior factus est*. En un mot, le vendeur a-t-il consommé le prix de bonne foi? Alors point d'action en revendication contre l'acheteur, et Accurse ne trouve aucune injustice à cette décision. Car en matière de pétition d'hérédité, le prix tient lieu de la chose, et, le prix étant consommé, la chose est censée ne plus exister : « Prætereà cùm pretium sit loco rei et amittatur, » res ipsa amissa videtur. »

Les interprètes du droit romain ont fort agité la question de savoir si cette exception, établie pour le cas où il s'agit de la vente de certains objets héréditaires, est applicable au cas où l'héritier apparent a vendu toute l'hérédité, et où l'action utile en pétition d'hérédité peut être exercée.

Accurse et Bartole pensent que l'exception *ex personâ venditoris* ne doit être admise que lorsqu'il s'agit de la vente d'objets singuliers de l'hérédité. M. Merlin suit leur opinion; mais les raisons qu'il donne pour justifier ce sentiment sont extrêment faibles, et M. Toullier les a réfutées dans sa dissertation imprimée à la fin de son neuvième volume.

Favre, dans ses *Rationalia* sur la loi 13, § 4 (lettre A), sur les mots : *Ne singulis judiciis vexetur*, rejette sans hésiter la doctrine de Bartole et d'Accurse. Voici son argumention : « Puisqu'il est vrai de dire que Tribonien, » bien plutôt qu'Ulpien, a, contre les règles du droit, » établi l'action utile, en remplacement de l'action spé- » ciale *in rem*, qui ne voit combien il serait absurde de » soutenir que l'action utile eût plus d'extension que » l'action revendicatoire spéciale? Peut-on admettre que » la condition de celui qui a vendu de bonne foi soit » moins mauvaise, parce que l'acheteur sera actionné » par l'action spéciale plutôt que par l'action utile en pé- » tition d'hérédité? Dans l'un et l'autre cas, la bonne foi » du vendeur doit faire qu'il ne soit pas tenu au delà de » ce dont il a profité : c'est à raison de ce principe que,

» lorsqu'il y a simple action revendicatoire, on ne veut
» pas que le véritable héritier puisse recourir contre
» l'acheteur, afin que le vendeur ne soit pas tenu indi-
» rectement : il doit en être de même dans le cas où l'on
» intente l'action utile..... D'ailleurs Tribonien a donné
» pour l'une des raisons principales de la décision qu'il
» présente dans la loi 13, § 4, qu'il n'était pas juste que
» le demandeur fût obligé à intenter autant d'actions qu'il
» y avait de choses, *ne singulis judiciis vexetur*, et qu'il
» valait mieux, *par équité*, recourir à l'action utile, qui
» d'un seul coup embrasse tout ce qui a été aliéné. Il
» suit de là que lorsque l'action vendicatoire ne peut être
» exercée contre les tiers, à raison de l'exception tirée
» *ex personâ venditoris*, on ne peut intenter non plus
» contre eux l'action *utile* en pétition d'hérédité. »

Ces raisons me semblent convaincantes, et je ne fais pas de difficulté à admettre l'opinion de Favre.

Voici donc en résumé quelle est toute la théorie du droit romain sur cette matière.

En thèse générale, le véritable héritier peut intenter l'action spéciale *in rem*, contre le tiers acquéreur d'un objet singulier de l'hérédité.

Il peut aussi intenter l'action *utile* en pétition d'hérédité, contre celui qui a acheté l'hérédité tout entière.

Mais ces principes ont deux exceptions.

La première a lieu lorsque le véritable héritier trouve un recours suffisant auprès du vendeur de l'hérédité. Alors le tiers acquéreur peut lui dire : « Actionnez l'hé-
» ritier apparent de qui j'ai acheté de bonne foi, et qui
» peut vous indemniser. »

La seconde a lieu lorsque l'éviction éprouvée par l'acheteur donnerait lieu à une action en garantie, dont l'issue serait de faire supporter à l'héritier apparent de bonne foi une condamnation plus forte que s'il était actionné directement.

De tout ceci il résulte que la Cour de cassation se serait trompée d'une manière très-grave, si elle eût avancé,

comme MM. Toulier et Merlin le lui font dire, que la jurisprudence qu'elle a adoptée dans son arrêt *est conforme au droit romain.* On ne peut maintenant douter que la faculté de rechercher le tiers détenteur ne fût un des principes des lois romaines ; en effet, il est de règle générale que tout propriétaire puisse revendiquer sa chose là où il la trouve, lorsqu'il ne s'est pas laissé forclore par la prescription.

Cette règle est vivante dans notre législation. Il y est écrit de toutes parts que celui qui est dépouillé peut se faire réintégrer dans ce qui lui appartient.

Il me reste à examiner si les deux exceptions consacrées par les lois romaines doivent être adoptées par notre jurisprudence.

Voyons d'abord pour la première. Doit-on permettre aux tiers recherchés d'exiger que l'héritier réel discute d'abord le faux héritier de qui ils ont acquis?

Favre, dans son commentaire sur la loi 25, § 17, *Ration. de petit. hœred.*, trouve que cette exception est injuste. « Sed etsi velit venditor hæreditatem in solidum defendere, adeòque solidum offerre petitori, *nulla tamen ratio est cur prohibendus sit petitor singulas res ab emptoribus vindicare*, cùm ipsius intersit res singulas potiùs quàm pretia earum habere vera et integra. » Il va même jusqu'à croire que le § *Quid tamen* de la loi 25, § 17, est une interpolation de Tribonien, qui s'est permis d'altérer témérairement et sans réflexion le texte d'Ulpien.

Si, à une époque où le droit romain faisait loi, Favre voulait secouer le joug du § *Quid tamen*, comme contraire aux principes et à la raison, combien à plus forte raison devons-nous peu y tenir, nous qui n'admettons les lois romaines que comme raison écrite, et qui les rejetons lorsqu'elles sont contraires à l'équité ou aux principes? L'acheteur ne peut avoir d'autres droits que son vendeur. Si le vendeur n'était pas propriétaire, l'acheteur n'est donc pas propriétaire non plus, tant qu'il n'a

pas prescrit. Donc le véritable propriétaire pourra revendiquer la chose entre ses mains; quel motif y aurait-il à admettre dans l'espèce cette exception de discussion, lorsque dans tous les autres cas il est clair que le tiers détenteur ne serait pas fondé à l'invoquer?

Je pense donc que l'exception doit être rejetée.

Je passe à la seconde exception. L'acquéreur pourra-t-il repousser l'action du véritable héritier toutes les fois que cette action aura pour résultat indirect de faire supporter à l'héritier apparent une condamnation plus forte que s'il était poursuivi directement par la pétition d'hérédité?

Favre s'élève encore avec force contre cette exception (1); il la trouve injuste, parce qu'elle porte un véritable dommage à l'héritier réel. « Quid enim peccavit » verus hæres propter quod dominium rei suæ ab alio » distractæ amittere debeat, aut, si dominus remanet, » a vindicatione arceri quæ dominis omnibus jure com» muni conceditur? »

Cette rigueur envers l'héritier réel, qui n'a commis aucune faute, et qui cependant se trouve placé pour ainsi dire hors du droit commun, l'entraîne à penser qu'un jurisconsulte aussi sage qu'Ulpien ne peut l'avoir consacrée. Il conjecture que le texte a été altéré; et comme sa hardiesse ne craint aucun obstacle, il ose le corriger en substituant le mot *etsi* au mot *nisi* que porte le texte : ainsi, au lieu de lire, « et puto posse res vin» dicari, nisi emptores regressum habeant ad bonæ fidei » possessorem, » il lit, *etsi emptores*, etc. Après avoir justifié cette correction par des remarques grammaticales fort ingénieuses, il enseigne que le principe, que le tiers acquéreur peut être actionné par le véritable héritier, *ne doit être soumis à aucune exception*. « Verius est » igitur omni modo et omni casu competere vero hæredi » vindicationem, tùm quoque cùm emptores regressum

(1) *Rationalia*, sur la loi 25, § 17, Dig. *De petit. hæred.*

» adversùs venditorem habent. » Si les interprètes lui disent que cette décision est contraire à l'esprit du sénatus-consulte, en ce que l'héritier apparent se trouvera tenu, même au delà de ce en quoi il s'est enrichi, il répond que cette objection est peu fondée, et voici son raisonnement. Le sénat a voulu que, lorsque le possesseur de bonne foi de l'hérédité était actionné *comme héritier*, il ne fût pas tenu de payer au delà de ce en quoi il s'était enrichi. Mais lorsque les acquéreurs exercent leur recours contre lui, ce n'est pas comme héritier, c'est comme vendeur qu'il se trouve atteint. Ce n'est pas par l'action en pétition d'hérédité qu'on le recherche, c'est par l'action *ex empto*. On ne blesse donc en aucune manière le sénatus-consulte, qui ne parle pas de ce cas, et qui n'a voulu ni pu vouloir que celui qui a vendu ne soit pas soumis à un recours en garantie.

Je dois relever ici une erreur de M. Toullier. Il prétend que Favre a imaginé sa correction pour concilier la loi 25, § 17, avec la loi 13, § 4. Mais c'est se méprendre sur le système de ce savant magistrat. Favre n'a jamais vu de contrariété entre ces deux lois. En prenant même le texte tel qu'il est, il prouve sur la loi 13, § 4, que ces deux lois s'interprètent l'une par l'autre, et que si l'on admet l'exception *ex personâ venditoris*, dont parle la loi 25, § 17, on doit l'appliquer aussi à la loi 13, § 4.

Quel a donc été le but de Favre en proposant la correction dont j'ai parlé? Son but unique a été de combattre cette exception, *ex personâ venditoris*, contre laquelle sa raison se soulevait, et c'est pour y parvenir qu'il fait plier le texte devant ses conjectures audacieuses. Mais comme sa correction n'est autorisée par aucun manuscrit, on doit la rejeter, et il est plus sage de s'en tenir au texte. Seulement je m'empare de sa doctrine, abstraction faite de quelques subtilités dans lesquelles il est obligé de se perdre pour éluder des textes formels ; et en voyant un jurisconsulte aussi illustre choqué de ces mêmes principes qu'on voudrait introduire dans notre

jurisprudence, je suis autorisé à dire qu'il y a quelque chose qui dit hautement que l'exception dont je parle ne satisfait pas le bon sens. Aussi *Grœnevegen* pense-t-il, dans son traité *De legibus abrogatis*, qu'elle ne doit pas être suivie (1) ; et, d'accord en cela avec Favre, il dit : « Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest ; ideòque puto res vindicari posse, » licèt emptores ad bonæ fidei possessores regressum » habeant. »

On va voir maintenant que les principes de notre droit français n'ont jamais admis l'exception *ex personâ venditoris*.

J'ai dit ci-dessus que d'après le droit romain, pour que l'héritier apparent pût être soumis à la pétition d'hérédité, il fallait non-seulement qu'il eût reçu le prix de la chose vendue, mais encore que le prix se trouvât entre ses mains au moment de l'action. Car s'il l'avait dissipé de bonne foi, il n'était soumis à aucun recours. C'est pour cela, quoi qu'en dise Favre, qu'on avait senti la nécessité de mettre un frein aux actions contre les tiers possesseurs. Mais on a vu aussi plus haut que jamais en France on n'avait admis la décision des lois romaines sur le sens de ces mots *locupletior factus est*. C'est Pothier qui l'atteste dans le passage ci-dessus transcrit. Il suffit que le vendeur ait reçu le prix pour qu'il soit censé être plus riche, et pour qu'il soit obligé d'en tenir compte dans la pétition de l'hérédité. Donc il peut y être aussi obligé indirectement par la voie du recours en garantie. Donc, dans notre pratique française, l'exception *ex personâ venditoris*, qu'opposerait le tiers acquéreur, serait sans fondement. Reste donc le principe général que les lois romaines ont consacré, savoir, que l'on peut agir directement contre le tiers acquéreur de l'hérédité. Les exceptions ont disparu.

La décision de la cour de Caen, du 21 février 1814,

(1) *De petit. hæred.*, l. 25, § 17.

confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation, du 5 août 1815, porte cependant « que celui qui a acquis d'un » héritier apparent doit être maintenu, toutes les fois » qu'il est reconnu qu'il a fait son acquisition de bonne » foi. »

Mais M. Toullier a fort bien prouvé que cette décision est contraire à tous les principes. Depuis quand la bonne foi a-t-elle suffi pour acquérir la chose d'autrui? Ne faut-il pas de plus un titre et une possession paisible de dix ou vingt ans?

La cour de Caen cite un arrêt du 19 juin 1739, qui l'a ainsi décidé : elle s'appuie sur l'autorité des jurisconsultes normands. Mais une erreur ne peut jamais devenir la vérité, quoiqu'elle soit répétée par plusieurs bouches. Je démontre d'ailleurs, dans mon Commentaire de la *Vente* (1), que cet arrêt s'écarte de la loi 25, § 17. D. *De petit. hæredit.*, plutôt qu'il ne la confirme. Il donne à la bonne foi de l'acheteur un effet auquel les jurisconsultes romains n'ont jamais pensé.

On dit enfin, pour dernière raison, que l'héritier putatif de bonne foi était, au moment où il a vendu, un héritier véritable à l'égard des tiers ; que tout ce qu'il a fait doit être par conséquent sanctionné, et que l'héritier réel, qui ne s'est pas présenté, doit laisser les choses dans l'état où il les trouve.

La preuve du vice de ce raisonnement résulte de l'article 1696 du Code Napoléon, portant que le vendeur d'une hérédité est tenu de garantir sa qualité d'*héritier*. La loi suppose donc que l'acquéreur peut être inquiété, parce qu'il n'a pas acheté du véritable héritier. Elle suppose donc que la qualité d'héritier, prise par quelqu'un qui n'en a que l'apparence, peut donner lieu à des recours? Et d'où vient ce recours? De l'acquéreur évincé par le véritable héritier.

Et puis, dans quelle confusion ne se jette-t-on pas?

(1) T. 2, n° 960.

On traite le véritable héritier comme celui dont l'*absence a été déclarée*, et qui ne reparaît qu'après trente ans (art. 132 du Code Napoléon). On assimile l'héritier apparent, c'est-à-dire celui qui n'a pour lui que son erreur, à l'héritier de l'absent qui a été mis en *possession définitive*, et qui, aux yeux des tiers, a eu *mission de la loi* pour disposer des biens comme héritier (art. 129 et 132). Peut-on confondre ainsi des positions si différentes? Le véritable héritier, par cela seul qu'il ne s'est pas présenté, est-il *un absent*, et son absence a-t-elle duré trente ans? Parce qu'on se sera donné le tort de ne pas faire déclarer son absence, parce qu'on aura trouvé plus simple d'envahir ses biens, il faudra qu'il soit traité plus sévèrement que l'absent véritable, dont les propriétés ne peuvent être ni *vendues* ni *hypothéquées* (art. 128) tant que dure l'envoi en possession provisoire, et que trente ans ne se sont pas écoulés depuis cet envoi.

Enfin la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, répond à toutes les objections. L'héritier apparent n'a jamais eu de droits réels ; il n'en a jamais eu, même dans le cas le plus favorable de tous, savoir, lorsqu'il est appelé par la loi et exclu par un testament caché; mais en supposant qu'il en ait eu, ils se trouvent éteints et résolus par la production du testament; dès lors doivent se trouver éteints et résolus les droits qu'il a conférés à des tiers. Car la résolution s'opère d'une manière forcée, *ex causâ necessariâ*, ainsi que je l'ai dit plus haut en donnant l'interprétation de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (1).

Maintenant on pourra facilement se décider sur cette question grave et controversée, où l'équité veut introduire de vaines considérations, pour faire fléchir les vrais principes. De nouveaux développements aux idées que je viens d'émettre se trouvent dans mon Commentaire de la *Vente* (2), où je rapporte des arrêts récents, et

(1) N° 465.
(2) T. 2, n° 960.

surtout une décision de la Cour de cassation du 26 août 1833 (1), qui est de nature à assurer le succès définitif de mon opinion (2).

J'ai traité ce point de droit sous le rapport des aliénations. Mais, en prenant de la discussion à laquelle je me suis livré tout ce qui peut s'appliquer à la constitution d'hypothèque par l'héritier apparent, on verra que la solution doit être la même, et que les hypothèques créées par cet héritier doivent disparaître lorsque le véritable héritier se présente.

408 *bis*. Il s'est présenté une question voisine de la précédente.

Titius fait à Sempronius une donation déguisée sous la forme d'une vente. Sempronius constitue des hypothèques sur les biens qu'il reçoit par ce moyen, au profit des créanciers de bonne foi.

Mais après la mort de Titius, ses héritiers à réserve prouvent que la vente faite à Sempronius contient une donation déguisée, et la font réduire comme excessive. On demande si les hypothèques consenties *medio tempore* par Sempronius seront effacés par la réduction.

L'affirmative est clairement décidée par l'art. 929 du Code Napoléon, qui veut que les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction rentrent dégagés des hypothèques par le donataire.

Néanmoins la Cour de cassation (1) a décidé le con-

(1) Dalloz, 33, 1, 307.

(2) Arrêt conforme de la cour d'Orléans, du 27 mai 1836 (Dalloz, 36, 2, 149). — V. cependant Paris, 8 juillet 1833, et Toulouse, 21 déc. 1839 (Sirey, 33, 2, 455, et 40, 2, 168). — Mais la Cour de cassation a jugé avec raison, le 30 mars 1836 (Sirey, 36, 1, 506), que les hypothèques consenties par le propriétaire apparent, jouissant en vertu d'un acte public de vente, sont valables et conservent effet au profit des créanciers de bonne foi, vis-à-vis du propriétaire réel, qui ne puise son droit que dans une contre-lettre, titre toujours dépourvu d'effet à l'égard des tiers.

(1) Dall., 27, 1, 96. Arrêt du 14 décembre 1826. C'est un arrêt

traire, par la raison que les tiers avaient dû considérer Sempronius comme acquéreur à titre onéreux, en vertu d'un acte de vente publiquement exécuté, et que leur bonne foi devait les défendre de l'éviction résultant d'une décision postérieure à l'acquisition de leurs droits, et qui établissait que cette vente n'était qu'une donation déguisée.

Mais il m'est impossible d'adopter cette décision. Elle viole l'art. 929 du Code Napoléon non moins ouvertement que l'art. 2125. Elle attribue *à la bonne foi* des créanciers des effets destructifs des droits sacrés des légitimaires ! C'est un véritable bouleversement (1)!

Supposez, par exemple, que Sempronius, au lieu d'hypothéquer, ait revendu. Les légitimaires auraient donc dû respecter aussi les ventes, à cause de la bonne foi des sous-acquéreurs? La Cour de cassation aurait donc repoussé les enfants en vertu des mêmes principes! Mais avec cette jurisprudence, que deviendra le droit de légitime et la prohibition de disposer au delà d'une certaine quotité?

Je pense qu'il serait digne de la haute mission de la Cour de cassation de tenir la main avec plus de fermeté au maintien des véritables principes du droit.

468 *ter*. Jusqu'à présent, je me suis occupé plus spécialement du cas où l'immeuble se trouvait dans les mains de celui qui a constitué l'hypothèque, mais y était cependant grevé d'une condition résolutoire qui pouvait l'en faire sortir. Telle est la position de l'héritier apparent, du vendeur apparent, de l'acquéreur qui a lésé le vendeur d'outre moitié, etc.

Mais notre article prévoit un autre cas : c'est celui où

de rejet. J'ai déjà signalé la tendance de la Cour de cassation vers les rejets. Je ne doute pas qu'elle n'eût rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui aurait décidé le contraire.

(1) Je trouve dans M. Tarrible (Rép., Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5) une opinion conforme à la mienne sur le fond de cette question.

le droit sur l'immeuble est *suspendu* par une condition, ce qui suppose nécessairement que celui qui constitue l'hypothèque ne détient pas encore l'immeuble, ne l'a pas encore dans son domaine, et n'a qu'une espérance, qu'il y entrera.

Ainsi Titius me donne l'immeuble A, si tel vaisseau arrive des Indes. Je ne suis pas encore propriétaire : je ne le serai qu'autant que la condition se réalisera. Mais, en attendant, je pourrai constituer des hypothèques sur l'immeuble dont il s'agit; seulement, ces hypothèques suivront le sort de mon droit : si la condition arrive et que mon droit se consolide, l'hypothèque se consolidera aussi. Si, au contraire, la condition n'arrive pas et que mon droit s'évanouisse, l'hypothèque périra avec lui (1).

Ceci posé, il semblerait au premier abord que notre article est en opposition avec l'art. 2129, qui exige que l'immeuble *appartienne actuellement* au débiteur pour qu'il y constitue une hypothèque valable. On peut donc se demander s'il n'y a pas antinomie entre cette disposition et notre article, qui permet l'hypothèque d'une chose qui ne nous appartiendra que si telle ou telle condition se réalise. Mais ce sont là des scrupules exagérés. Il ne faut pas prendre le mot *appartenir* dont se sert l'art. 2129 dans un sens trop restreint (2) : « Verbum » illud *pertinere*, dit la loi 181, Dig. *De verb. signif.*, la- » tissimè patet..... *pertinere* ad nos etiàm ea dicimus » quæ esse possint. »

468 *quat.* Ce que je viens de dire est en opposition avec l'opinion de M. Grenier (3), mais conforme à celle de M. Tarrible (4) et de M. Dalloz (5).

(1) Voy. *infrà*, n° 471, la définition que Cujas donne de la condition.
(2) *Infrà*, n° 520.
(3) T. 1, p. 324.
(4) Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5.
(5) Hyp., p. 120, n° 6.

M. Grenier se pose cette espèce, que je formule de la manière suivante pour la rendre plus claire : Pierre est propriétaire de l'immeuble A, mais sous la condition résolutoire de le rendre à Jacques, si ce dernier parvient à sa vingt-cinquième année. M. Grenier pense que la faculté d'hypothéquer n'est attribuée qu'au *propriétaire actuel*, à Pierre, dont le droit est soumis à la condition ; mais que le propriétaire éventuel, Jacques, ne pourra hypothéquer, parce que ce n'est pas lui qui *détient l'immeuble*.

Pour arriver à cette conclusion, M. Grenier, qui a entrevu toute la force des expressions de notre article, « *ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par* » *une condition*, » croit devoir leur donner une interprétation inouïe jusqu'à ce jour. D'après lui, Pierre, propriétaire actuel, a un droit qui n'est soumis qu'à une condition *suspensive!!! Il détient l'immeuble sous une condition suspensive!!!* C'est à lui que s'applique notre article. Quant à Jacques, il ne peut s'en prévaloir.

J'avoue que cette manière de qualifier les clauses dont il s'agit me frappe d'étonnement. Qu'est-ce qu'une *condition suspensive?* Toutes les notions les plus élémentaires me répondent que c'est celle qui *suspend* l'effet de la disposition jusqu'à l'événement d'un fait futur. Tant que l'événement n'est pas arrivé, tant que la condition est pendante, la chose n'est pas due (1) ; le créancier n'en jouit pas : elle est détenue par le débiteur (2). Le créancier ne peut en demander la délivrance que lorsque la condition est accomplie. Auparavant, il n'a qu'une espérance sur la chose, *spes est debitum iri*.

Est-ce là la position de Pierre? Loin que l'effet de son droit soit *suspendu*, Pierre jouit au contraire de tous ses avantages. Il détient la chose ; il en recueille les fruits comme propriétaire ; il n'a pas eu besoin d'attendre que

(1) L. 41, Dig. *De fond. et demonst.*
(2) L. 32, § 1, *De leg.*, 2°.

l'événement de la condition fût arrivé pour demander la délivrance. La chose lui a été délivrée sur-le-champ. Il a bien plus qu'une espérance, puisqu'en réalité il retire actuellement tous les émoluments de la propriété. A la vérité, il y a bien quelque chose qui est *en suspens* dans la position de Pierre : c'est, non pas la *disposition*, puisqu'elle produit tous ses effets, mais *la résolution*, qui est *suspendue* sur sa tête, et qui dépend de tel événement incertain (1). Mais je pense que M. Grenier n'ira pas jusqu'à dire que cette circonstance fait que *le droit de Pierre est suspendu;* car c'est son *obligation* de rendre la chose qui est *suspendue*, tandis que son *droit de jouir* est *actuel!* Ainsi, ces expressions de notre article, « ceux » qui ont sur l'immeuble *un droit suspendu par une condi-* » *tion*, etc., » ne le concernent ni dans ce que la clause a de *présent*, ni dans ce qu'elle a de *suspensif*.

Appliquez au contraire à Jacques la définition incontestable que j'ai donnée de la condition suspensive, et vous verrez que c'est lui dont le *droit* est *suspendu* par une condition de ce genre, et que M. Grenier a complétement changé les positions.

Quelle est donc la véritable condition qui affecte le droit de Pierre ? C'est une condition *résolutoire*, c'est-à-dire celle qui ne suspend pas l'effet de la disposition, mais qui l'anéantit dans le cas d'un événement futur. Pierre a été saisi de l'objet donné, comme si la disposition eût été pure et simple : il peut en disposer; il en jouit comme le ferait un propriétaire : seulement son droit peut être anéanti, si l'événement se réalise.

Le droit de Pierre est donc soumis à une *condition résolutoire*. Le droit de Jacques est soumis à une *condition suspensive*.

Le droit du premier est réglé par ces expressions de notre article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un » droit résoluble dans certains cas, peuvent, etc. »

(1) V. *infrà*, n° 469.

Le droit du second est réglé par cette autre disposition du même article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un » droit *suspendu* par une condition, etc. »

Tous deux peuvent hypothéquer. Seulement, l'hypothèque suivra les chances que la condition fera subir au propriétaire actuel et au propriétaire futur.

S'il était vrai que Pierre fût soumis à une condition suspensive, si l'on devait adopter l'interprétation de M. Grenier, il s'ensuivrait qu'on devrait effacer de notre article ce qui a rapport aux conditions résolutoires ; il s'ensuivrait que toute condition résolutoire serait l'équivalent d'une condition suspensive, et que le législateur serait tombé dans un pléonasme inutile ; tandis qu'au contraire il s'est servi de mots pleins de sens, et dont le but est de marquer la séparation profonde qui existe entre les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

Concluons donc : ou l'on doit rejeter l'interprétation de M. Grenier et adopter celle que je propose, ou bien l'art. 2125 est dépourvu de portée dans ses premières dispositions.

469. C'est sous l'empire de ces préoccupations que M. Grenier a examiné la question de savoir si celui qui a sur un immeuble un droit de réméré ou de rescision peut l'hypothéquer. Il se détermine, comme de raison, pour la négative ; mais les principes que j'ai rappelés me conduisent à une opinion diamétralement opposée, et conforme à celle de M. Tarrible (1).

En effet, le vendeur à réméré a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition, un droit subordonné à l'exercice du droit de retour. Il peut donc constituer sur cet immeuble des hypothèques subordonnées à la même condition.

La cour de Besançon a cependant fait prévaloir l'opi-

(1) Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5. Dalloz, Hyp., p. 120, n° 6, et 189, n° 3.

nion de M. Grenier, dans les considérants d'un arrêt du 22 novembre 1823 (1). Elle se fonde sur le principe que le vendeur n'a pas la propriété de l'immeuble; que cette propriété réside tout entière sur la tête de l'acquéreur; que le vendeur à réméré n'a pas dans l'immeuble de droit suspendu par une condition, parce qu'il n'y a pas de droit en suspens dans un contrat fait sous une clause résolutoire.

Ces motifs me paraissent sans solidité. Qu'importe que la cour de Besançon prouve que la propriété réside sur la tête de l'acquéreur? Qui nie cette circonstance? Par cela seul que le vendeur à réméré n'a sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, on reconnaît qu'il n'est pas propriétaire et qu'il n'a qu'une *espérance* pour le devenir. Mais d'après notre article, il n'est pas nécessaire d'être *actuellement propriétaire* d'une chose pour l'hypothéquer (2). On peut l'hypothéquer, même quand on n'a sur elle qu'un droit suspendu par une condition. A moins qu'on ne veuille dire avec M. Grenier, qu'en parlant des *conditions suspensives*, l'art. 2125 n'a entendu parler que de *conditions résolutoires*, et que les conditions résolutoires sont des conditions suspensives.

La cour de Besançon ajoute qu'il n'y a pas de droit en suspens, dans un contrat fait sous une condition résolutoire. Sans doute! à l'égard de l'acquéreur dont le marché est grevé d'une clause résolutoire, il n'y a rien de suspensif dans la convention. Il jouit, il cultive, il récolte, il agit, en un mot, comme propriétaire actuel. Mais l'acquéreur n'est pas le seul qui figure dans le contrat de vente à réméré. Il y a aussi le vendeur; et le simple bon sens dit que la clause qui, pour l'acquéreur, forme une disposition résolutoire, est en même temps,

(1) Dal., 186, 1, 44.

(2) Les mots : *actuellement appartenant* de l'art. 2129 ne sont pas synonymes, en effet, de ceux-ci : *être actuellement propriétaire*. *Suprà*, n° 468 *ter*, et *infrà*, n° 510.

pour le vendeur, une disposition *suspensive*. L'acquéreur a promis au vendeur de lui rendre la chose, s'il exerce le réméré dans tel délai : c'est là pour le vendeur une condition suspensive. On n'a qu'à jeter les yeux sur le traité de Tiraqueau, *De retractu conventionali*, et l'on verra si, dans une foule de cas, il ne parle pas du droit de rachat comme d'un droit soumis à une condition, et, par conséquent, à une condition *suspensive*, puisque l'exercice en est *suspendu* par un événement futur (1). Rien de plus ordinaire dans les contrats, que ce mélange de dispositions qui contiennent pour les uns des clauses résolutoires, et pour ceux-ci des conditions suspensives. Nous en avons vu un exemple au numéro précédent. De plus, examinée en elle, la condition résolutoire contient toujours quelque chose de *suspensif*. La résolution y est *suspendue;* elle dépend d'un événement futur, qui peut la faire arriver. Mais il y a cette différence entre elle et la condition suspensive, que celle-ci suspend *la disposition*, tandis que celle-là suspend *la résolution* (2). Eh bien ! ce droit de résolution, qui est suspendu, ce droit de résolution, qui peut faire rentrer la chose dans les mains du vendeur, si tel événement se vérifie, ce droit est un de ceux dont parle notre article; et l'hypothèque est très-possible sur l'immeuble affecté de cette clause au profit du vendeur.

Au reste, la cour de Besançon n'avait pas à traiter en thèse cette question : il ne s'agissait pas de savoir si le vendeur à réméré avait pu valablement hypothéquer l'immeuble sur lequel il avait action. Pareille convention n'était pas intervenue ; la seule question du procès était de savoir si le vendeur à réméré avait pu vendre son action sans que ses créanciers, ayant hypothèque générale, pussent se plaindre : ce qui était bien différent. On jugea,

(1) § 1, glose 2, n[os] 22, 50, etc.
(2) Cette remarque a été faite par Ricard, dans son Traité *des dispositions condit.*

avec raison, que les créanciers étaient sans qualité pour inquiéter le cessionnaire du vendeur; car la vente de l'action était vente d'une chose non atteinte par l'hypothèque ; et quant à l'immeuble objet de cette action, l'hypothèque ne pouvait l'atteindre, puisque le débiteur ne l'avait pas fait rentrer dans son patrimoine (1). La condition à laquelle l'hypothèque était soumise ne s'était pas réalisée. Le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Besançon fut rejeté par arrêt de la Cour de cassation, du 22 décembre 1825 (2). J'approuve cette décision de la Cour suprême ; mais les considérants ne me paraissent pas tous irréprochables (3).

469 *bis*. L'héritier peut aussi concéder l'hypothèque éventuelle sur les biens qui pourront lui obvenir par le partage, mais qu'il possède encore par indivis. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu, quoique cependant par formé d'énonciation, dans un arrêt du 6 décembre 1826 (4).

Ce que je dis d'un héritier s'applique à tout communiste quelconque.

Mais on conçoit que l'hypothèque ne peut dépasser la portion afférente par le partage (5). Le contraire avait lieu cependant dans le droit romain. Un fonds est commun entre Pierre et moi : je l'hypothèque. Malgré le partage intervenu plus tard, l'hypothèque subsistera indivisément sur la totalité de l'héritage, d'après les lois romaines (6), qui, se fondant sur la subtilité du droit, ne voulaient pas que le créancier qui avait un droit sur tout

(1) *Suprà*, n° 435.

(2) Dal., 26, 1, 43.

(3) Je reviens sur cette question dans mon Commentaire de la *Vente*, et j'y réfute un arrêt de la cour de Bordeaux du 5 janvier 1833, qui suit l'opinion de M. Grenier (V. le t. 2, n° 740).

(4) Dall., 27, 1, 83. *Suprà*, n° 289.

(5) V. cependant Cassat., 8 février 1847 (Sirey, 48, 1, 43.

(6) L. 6. § 8, Dig., *Com. divid.* L. 7, § dernier, *Quib. modis pignus.* L. 3, § dernier, Dig., *Qui potior.*

l'héritage, pût le perdre par le partage. « Illud tenendum » est, si quis communis rei partem *pro indiviso* dederit » hypothecæ, divisione factâ cum socio, non utique eam » partem creditori obligatam esse quæ ei obtingit, qui » pignori dedit, sed utriusque pars *pro indiviso*, pro *parte* » *dimidiâ* manebit obligata. »

En France ces lois ne sont pas suivies; on y tient depuis longtemps pour maxime qu'*après le partage* (1), l'hypothèque est fixée à la portion échue au débiteur (2). Il n'est pas juste que l'héritage de tous soit saisi pour la dette d'un seul; c'est ce qui résulte de l'art 2205 du Code Napoléon (3).

470. Je viens d'examiner le sort de l'hypothèque, quand elle se lie à un immeuble sur lequel le droit du propriétaire est *suspendu* ou *résoluble*.

Pour compléter cette matière, j'anticiperai sur l'article 2132, et puisque j'ai parlé de conditions, j'examinerai le sort de l'hypothèque quand elle se lie à une condition suspensive ou résolutoire, ou à terme.

(1) C'est donc avec raison que la cour impériale d'Aix a décidé, 23 janvier 1835 (Dalloz, 35, 2, 102; Sirey, 35, 2, 267) que le créancier sur la part indivise que son débiteur possède dans une succession ne peut être colloqué sur le prix de la vente des immeubles de cette succession, qu'autant que les droits du cohéritier débiteur ont été déterminés par un acte de partage.

(2) Je retrace les vicissitudes de ce point de droit dans mon Commentaire de la *Vente*, n°s 11, 177 et 207.

(3) M. Grenier, t. 1, p. 333, 334. Le Code hollandais a érigé cette opinion en loi. L'art. 1243 est ainsi conçu : « La part indi- » vise dans un immeuble commun peut être grevée d'hypothèque. » Après le partage de l'immeuble, l'hypothèque n'affectera que » la partie échue au débiteur qui l'a consentie, hors le cas d'ex- » ception énoncé en l'art. 1403. » Cet article 1403 correspond à la première partie de l'art. 1167 de notre Code Napoléon (*Revue étrangère*, par M. Fœlix, t. 1, p. 647).

On sait, au surplus, que si, par l'événement du partage, le cohéritier débiteur se trouvait apportionné en meubles, les immeubles qui seraient tombés aux lots des autres copartageants seraient affranchis de toutes hypothèques du chef de leur cohéritier débiteur (Art. 883 du C. N.).

L'hypothèque, étant une convention accessoire à une obligation principale, doit en subir les modifications. Si l'obligation principale est pure et simple, l'hypothèque le sera aussi. Si l'obligation est conditionnelle, l'hypothèque sera subordonnée à la même condition.

Mais ceci exige quelques développements.

Une obligation peut être à terme ou conditionnelle.

470 *bis*. Voyons ce qui concerne le terme.

Comme le terme ne suspend pas l'obligation et qu'il retarde seulement le payement, l'hypothèque portée au contrat aura tout son effet du jour même de ce contrat. La raison en est que l'obligation prend naissance à la date du pacte intervenu entre les parties, et que l'hypothèque, étant un accessoire de l'obligation principale, naît précisément avec elle, à moins de clauses contraires (1).

Cependant il y a une exception à cette règle.

Lorsqu'on obtient un jugement portant reconnaissance d'écriture d'une obligation sous seing privé avec terme, ce jugement, d'après les principes stricts, devrait produire hypothèque générale sur-le-champ, pour sûreté de l'obligation.

Mais on a vu ci-dessus (2) qu'une loi spéciale, celle du 3 septembre 1807, en a décidé autrement; j'en ai fait connaître les motifs.

471. Je passe à ce qui concerne les conditions.

Parmi les très-nombreuses espèces de conditions, on distingue principalement les conditions suspensives et les conditions résolutoires. Ce sont celles dont il est seulement nécessaire de s'occuper ici.

La condition suspensive est ainsi appelée parce qu'elle suspend l'obligation.

Lorsque la condition suspensive est pendante, l'obligation est suspendue.

(1) Voët, lib. 20, t. 4, n° 30. L. 1, Dig., *Qui potior*. Grenier, t. 1, n° 21.

(2) N° 443.

Lorsqu'elle arrive, l'obligation se vérifie, et, par un effet rétroactif, elle est censée avoir été pure et simple dès le commencement.

Lorsqu'elle manque, l'obligation manque avec elle, et c'est comme s'il n'avait jamais été contracté d'obligation.

Ce sont ces différents effets des conditions que Cujas a exprimés dans cette phrase remarquable par sa concision pleine de sens : « Conditio est causa apposita legato, » quâ existente legatum debetur, deficiente perimitur, » suspensâ suspenditur. »

472. Reprenons ces trois effets.

Lorsque la condition est encore pendante, l'obligation n'est pas encore née : le créancier n'a qu'une simple espérance, il n'y a pas encore de droit.

L'hypothèque reste donc suspendue de même que l'obligation.

Mais comme, malgré l'effet suspensif, le créancier peut prendre toutes les mesures conservatoires (1) de ses droits, il suit nécessairement de là qu'il pourra prendre inscription, parce que l'inscription n'est autre chose qu'un acte conservatoire (2).

C'est ce que le Code Napoléon a reconnu en termes positifs. L'art. 2134, que j'analyserai plus tard, dit que, *si la créance est conditionnelle pour son existence*, le créancier pourra requérir l'inscription.

Ainsi, si je stipule que vous me payerez 20,000 francs, sous l'hypothèque de l'immeuble Cornélien, si le bâtiment qui vous apporte des fonds arrive des Indes, je puis prendre inscription dès le jour du contrat, pour sûreté du payement de la somme.

Si le bâtiment arrive, l'obligation devient pure et simple, et l'obligation rétroagit au temps de la convention, et mon inscription subsiste dans toute sa force.

Mais si le bâtiment n'arrive pas, parce qu'il fait nau-

(1) Ricard, Disp. cond., n° 185.
(2) *Suprà*, n°s 365, 443 *bis*, art. 2132.

frage aux Indes, alors il n'y a plus d'obligation, et mon inscription devient sans effet; car, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Ces principes paraissent simples, mais ils se compliquent souvent de circonstances qui donnent lieu à des exceptions, et apportent dans l'application de nombreux embarras.

Pour résoudre ces difficultés, il faut faire une distinction entre les conditions casuelles, les conditions potestatives et les conditions mixtes.

Je suppose qu'on connaît la définition de ces trois genres de condition.

473. Lorsque la condition est casuelle, c'est-à-dire qu'elle dépend du hasard, elle produit toujours un effet rétroactif. « Si conditio est casualis, existente conditione, » obligatio retrotrahitur, » dit Bartole, sur la loi *Qui Balneum*, D. *Qui potior in pign.* (1).

Voët s'en explique clairement: « Sed et secundò ob- » servandum, non existentis diei aut conditionis prin- » cipali obligationi adjectæ, *sed hypothecæ constitutæ* » *tempus inspiciendum esse, si modò ea principali obliga-* » *tioni inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri* » *potest* (2). »

Ainsi, par exemple, si l'héritier donne hypothèque sur ses biens pour les legs qui sont dûs sous condition, il ne pourra hypothéquer ces mêmes biens à des tiers au préjudice des créanciers des legs, en sorte que si la condition se réalise, les légataires qui auront pris inscription dès le jour de la constitution d'hypothèque seront préférés aux créanciers postérieurs. Car, pour juger de l'existence légale de l'hypothèque, il ne faut pas considérer le jour où la condition casuelle est arrivée, mais le jour du contrat. Cet exemple est donné par Voët, *loc. cit.* Il est tiré de la loi 9, § 2, D. *Qui potior.*

(1) Ferrières, Cout. de Paris, art. 170, § 1, n° 28. Cujas, sur la loi *Qui Balneum*, D., § 1, *Qui potior.*

(2) Liv. 20, t. 4, n° 30.

Ainsi encore, Pierre donne hypothèque sur ses biens, moyennant une condition casuelle, d'où dépend l'obligation principale. Jacques, son créancier, prend inscription avant l'échéance de la condition. Postérieurement, Pierre hypothèque purement et simplement ses biens à François, qui prend inscription ; et, quelque temps après, la condition se vérifie. Vainement François voudrait-il prétendre la préférence sur Jacques, sous prétexte que le droit de ce dernier dépendait d'une condition qui ne s'est vérifiée que postérieurement à son inscription. Car la condition, en se vérifiant, a donné un effet rétroactif à l'obligation conditionnelle : « Quia conditio existens » perindè habetur ac si illo tempore, quo stipulatio in- » terposita est, sine conditione facta esset (1). »

474. Mais si l'obligation dépendait d'une condition potestative, alors l'hypothèque ne rétroagirait pas : elle prendrait seulement naissance du jour de l'accomplissement de la condition.

« Si conditio est casualis, existente conditione, obli- » gatio retrotrahitur, *secùs, si potestativa,* » dit Bartole, sur la loi 9, D. *Qui potior.*

C'est d'après cette seconde règle que Basnage a dit : « Si vous vous obligez de me payer 100 écus, lorsque » vous irez à Paris, en ce cas, comme il est en votre » liberté d'y aller ou de n'y aller pas, et que l'effet de » cette promesse dépend de votre seule volonté, et qu'il » est en votre pouvoir de me payer ou de ne me payer » point, parce que vous n'êtes obligé qu'en cas que vous » alliez à Paris, cette obligation ne commence d'être » que du moment que la condition est avenue, et par » conséquent, ne pouvant avoir un effet rétroactif, l'hy- » pothèque ne commence de naître que de ce temps-là, » l'obligation conçue en ces termes-là n'ayant non plus de

(1) Voët, liv. 20, t. 4, n° 30.

» force que si l'on avait parlé en cette manière, *cùm* » *volueris, aut si volueris* (1). »

A ces autorités, je ne puis m'empêcher de joindre celle de Cujas et de celle de Voët.

Le premier dit (2) :

« Pignus rectè contractum est, licèt nondùm cœpisset » deberi ex stipulatione, quandò certum erat debitum » iri, si existeret conditio, nec poterat *promissor* suo » facto stipulationem infirmari, vel conditioni afferre » impedimentum, videlicèt, si erat conditio collata in » casum vel *in potestatem stipulatoris*, non in potestatem » promissoris : nam si in *potestate promissoris*, non antè » intelligitur contracta pignoris obligatio, quàm ipse » promissor conditionem impleverit ; et cui res antè » conditionem impletam fuerit obligata, *is potior erit*. » Sed si fuerit *casualis* vel *in potestate stipulatoris*, pi- » gnoris obligatio *ab initio* consistit, et postea quàm ex- » stiterit conditio, perindè erit atque si purè concepta » stipulatio fuisset. »

Le second s'explique ainsi (3) :

« Quòd si ex adverso ea obligationis, cui dies aut » conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci » nequeat, contrà dicendum fuerit, eum potiorem fore, » cui pignus tempore posteriore pro debito puro consti- » tutum, antequàm conditio prioris obligationis exsti- » tisset ; veluti si, cum alio ante convenerit, ut, *si ab eo* » *pecunia acciperetur, res ei obligata esset*, et fortè prius- » quàm numeraretur, alii res pignori data sit. Poterat » enim is, qui ità priori pignus obligaverat, non acci- » pere ab eo pecuniam, ac suâ habebat in potestate, an » accipiendo se ei obstringat, adeòque, eo invito, neque » conditio impleri potuisset, neque debitum nasci (l. 1,

(1) Hyp., ch. II. Arg. de l'art. 1174 du Code Napoléon. Il n'y a d'obligation valable que lorsque la condition est remplie. Voy. *infrà*, n° 589.

(2) Sur la loi *Balneum*, Dig., *Qui potior*, § 1.

(3) N° 30.

» § 1, l. 9, § 1, l. 11, *Qui potior*). Quinimò ante nume-
» rationem, tempore medio, neque pura, neque condi-
» tionalis obligatio principalis suberat, sed tantùm spes
» fore ut principaliter contraheretur, *ac proindè necesse*
» *erat pignus quoque inane esse*, quippe quod, sine purâ
» aut conditionali obligatione præcedente, subsistere non
» poterat... Nec suprà dictis adversatur responsum Pa-
» piniani in l. 1, *Qui potior*. Cùm ibi facti species propo-
» natur, quâ alius pro muliere dotem promiserat, et cùm
» dotem reddi pactus esset, in restitutionis securitatem
» pignus à marito constitutum fuerat; quo casu, licèt
» primâ facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an et
» quousquè dotem accipiendo velit de dote reddendâ
» obligatus esse, exemplo ejus cui pecunia ex mutuo
» numeranda erat; contrà tamen placuit eum non posse
» dotem promissam non acceptare; neque enim marito
» promittendum erat id efficere, ut mulier minùs dotata
» sit, atque ità non suo tantùm juri, sed et uxoris favori
» renuntiare : undè, cùm hæc obligatio talis esset, ut et
» invito marito nasci posset, meritò ex ipso pignore
» constitui momento, jus prælationis pro dote tributum
» fuit. *Donell. De pignorib.* cap. 12, vers. *Prioris autem*
» *generis* (1). »

On voit par tout ceci quel est le fondement de cette doctrine. C'est que, l'obligation principale étant nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174 du Code Napoléon), l'hypothèque qui lui est accessoire est nulle : *inane est pignus*, dit Voët. Ce n'est que lorsque la condition vient à s'accomplir, qu'alors il commence à y voir un contrat sérieux ; ce n'est donc aussi que dès ce moment que l'hypothèque prend naissance.

475. Quant aux conditions mixtes, elles sont assimilées aux conditions casuelles (2). Elles produisent par conséquent un effet rétroactif.

(1) Je reviendrai, *infrà*, n° 579, sur ce texte de Papinien.
(2) Basnage, ch. 12. Grenier, t. 1, n° 25.

Telle est entre autres la doctrine du savant Hofacker, professeur de l'université de Tubinge (1). « Conditione » verò obligationi principali adjectâ, si quidem potesta- » tiva est, ante existentiam ejus, efficax non fit pignoris » constitutio : sin casualis vel *mixta sit*, efficaciam pignus » habet ex tempore initæ conventionis (2). »

476. Ces principes servent à résoudre les difficultés qui se présentent dans la pratique, sur la naissance des hypothèques, dans les obligations conditionnelles.

M. Merlin, *Questions de Droit*, v° *Hypothèque*, § 3, pose la question suivante :

« Quel est l'effet de l'inscription hypothécaire prise » par Titius, sur un contrat passé devant notaires, entre » lui et un manufacturier, par lequel il s'est obligé de » fournir à celui-ci des matières brutes que le manufac- » turier s'est obligé, de son côté, de fabriquer pour le » compte de Titius, en lui affectant un immeuble pour » sûreté des matières, jusqu'à la concurrence d'une » somme déterminée ? »

Après avoir hésité sur cette difficulté dans une première édition des Questions de Droit, M. Merlin convient, dans sa troisième édition, qu'il s'est trompé, et il décide que dans cette espèce l'hypothèque a pris naissance au jour de la convention. On doit en effet approuver cette solution.

C'est que, dans cette convention, l'hypothèque n'est soumise qu'à cette seule condition, *si Titius créancier livre les marchandises au manufacturier*. Or, cette condition, quoique potestative à l'égard de Titius, ne rend pas l'obligation nulle. Car Titius n'est pas le débiteur, et, d'après l'art. 1174 du Code Napoléon, l'obligation n'est infectée de nullité qu'autant qu'elle a été contrac-

(1) *Principia juris*, n° 1206.

(2) Q. de Droit de Merlin, Hyp., col. 2, p. 398, *ad notam*. *Infrà*, application de cette règle, n° 580.

tée sous une condition potestative, de la part de celui qui s'oblige (1).

Ici, celui qui s'oblige, c'est-à-dire le manufacturier, est forcé de recevoir les marchandises. Il y a un *vinculum juris* dont il ne peut s'affranchir. Donc Titius aura pu prendre inscription sur lui dès le moment du contrat.

477. Mais par quel moyen le créancier, qui a fait les envois de marchandises, en justifiera-t-il le montant à l'égard des tiers ? Faudra-t-il qu'il constate les livraisons par des actes authentiques? Pourra-t-il les prouver par des actes sous seing privé?

M. Persil pense que la justification doit se faire par acte authentique. M. Grenier est incertain sur la question (2). Mais c'est mal à propos qu'il cite M. Merlin comme conforme à l'opinion de M. Persil. Car cet auteur, revenant de sa première doctrine, enseigne positivement, dans la 3e édition de ses Questions de Droit (3), que la justification peut se faire par des *actes sous seing privé*. « La loi, dit-il, exige l'authenticité dans le titre » constitutif de l'hypothèque ; mais elle se borne là, et » pour étendre sa disposition jusqu'aux pièces nécessai» res pour régler et liquider la créance ainsi hypothéquée, » il faudrait être législateur. » Je renvoie à ce que je dirai sur cette question sur l'article 2127 (4).

478. Que doit-on décider dans l'espèce suivante ?

Pierre, banquier à Paris, promet à Jacques de lui ouvrir un crédit de 100,000 francs, et Jacques s'oblige par acte authentique à lui fournir une hypothèque spéciale jusqu'à concurrence des valeurs fournies. De quel jour doit compter l'hypothèque? Est-ce du jour du contrat, ou seulement des époques successives auxquelles ont été effectuées les avances promises (5)?

Cette stipulation d'hypothèque est évidemment sou-

(1) *Suprà*, n° 474, texte de Cujas et de Voët.
(2) T. 1, n° 27.
(3) Hyp., p. 397, col. 2.
(4) N° 508.
(5) V. *infrà*, n° 656 *bis*.

mise à la condition, *si Jacques qui en est débiteur fait usage du crédit.*

Or, c'est là une question potestative de la part du débiteur : donc, l'accomplissement de la condition ne pourra pas produire d'effet rétroactif : donc, l'hypothèque ne prendra naissance qu'au fur et à mesure de payements réalisés (1) ; ou bien si celui à qui le crédit a été ouvert en a usé en tirant des lettres de change, l'hypothèque ne se réalisera qu'au fur et à mesure des présentations à l'acceptation, qui font cesser la condition potestative et produisent un lien de droit définitif.

La loi 11 au D. *Qui potior*, en contient une décision formelle (2). « Potior est in pignore qui priùs credidit » pecuniam et accepit hypothecam, *quamvis cum alio antè » convenerat ut, si ab eo pecuniam acceperit, si res obligata, » licèt ab hoc posteà accepit :* poterat enim, licet antè » convenit, non accipere ab eo pecuniam. »

Aussi Voët rapporte-t-il qu'il a été décidé par les jurisconsultes de Hollande, qu'un cabaretier ayant hypothéqué sa maison pour sûreté de livraisons de bières qui lui seraient faites par un brasseur, l'hypothèque ne prenait rang que du jour où le cabaretier avait reçu les livraisons, et au prorata de leur valeur (3).

Il suit de là que, si le débiteur de l'hypothèque, avant de faire usage du crédit à lui offert, hypothéquait son bien à d'autres créanciers qui prissent sur-le-champ inscription, ces nouvelles hypothèques seraient préférables, et le débiteur ne pourrait les rendre sans effet en usant postérieurement de son crédit (4).

(1) Merlin, Q. de Droit, Hypothèque, § 3, n° 2. M. Sirey a aussi traité cette question dans son volume 14, 2, 58. Mais il faut se tenir en garde contre l'interprétation qu'il donne de la loi 1, Dig. *Qui potior*, dont on a vu le sens d'après Voët. *Suprà*, n° 474.

(2) Pand. de Pothier, t. 1, p. 569, n° 3, et les notes.

(3) *Ad Pand., Qui potior*, n° 30.

(4) Toullier, liv. 3, ch. 4, n° 546. Merlin, Q. de Droit, p. 406, col. 1. Dall., Hyp., p. 204 et 205. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 934 ; Coulon, t. 3, p. 236. :—Ancienne jurispr. Domat, liv. 3, t. 1, sect. 1, art. 4. Pothier, Hyp., chap. 1, sect. 2, § 3.

Par exemple,

Pierre m'ouvre un crédit de 100,000 francs, par un contrat authentique du 25 mars 1826, et je lui promets une hypothèque sur ma terre du *Val d'Enfer*. Pierre fait inscrire son hypothèque le 25 mars 1826.

Avant que je fasse usage de ce crédit, j'hypothèque la même terre à Caïus, qui prend inscription le 1er avril 1826. Je ne reçois des sommes d'argent de Pierre qu'en juin même année. Nul doute que l'inscription de Caïus ne le rende préférable à Pierre, lequel n'a pu prendre d'inscription valable qu'à compter des payements par lui réalisés.

479. M. Grenier (1) pense cependant qu'il n'est pas exact de dire que l'hypothèque n'a commencé que du moment où j'ai puisé dans la caisse de Pierre, et que cette hypothèque doit remonter au jour du contrat. Car, dit-il, *le banquier qui ouvre le crédit est obligé d'en fournir le montant à son correspondant;* et il cite la loi *Qui dotem*, 1, D. *Qui potior*.

Mais M. Grenier oublie ici les principes qu'il a si bien professés (2), c'est-à-dire que quand l'obligation est soumise à une condition potestative de la part du débiteur de l'hypothèque, l'hypothèque ne commence que du jour de l'accomplissement de la condition. Or, il est certain que le correspondant n'a promis hypothèque que sous la condition potestative de sa part qu'il ferait usage du crédit. Il faut attendre que la condition se réalise par des payements effectifs, ou par la présentation de lettres de change à l'acceptation, ou de toute autre manière équivalente, pour que l'hypothèque prenne naissance.

Qu'importe que le banquier soit obligé? Ce n'est pas lui qui est le débiteur de l'hypothèque. Il en est au contraire le créancier. M. Grenier me paraît confondre ici

(1) T. 1, n° 296. Joignez MM. Persil, Quest., t. 1, ch. 4; Favard et Villargues, dans leurs Répert., v° Hyp.; Pardessus, t. 4, p. 281.

(2) T. 1, n° 23.

deux personnes, qu'il faut soigneusement distinguer l'une de l'autre.

Quant à la loi *Qui dotem*, 1, au D. *Qui potior.*, qu'il me permette de dire qu'il n'en a pas bien apprécié l'esprit. Le débiteur de l'hypothèque sur la validité de laquelle *Papinien* avait à se prononcer était obligé, formellement et sans condition potestative, à recevoir la dot pour laquelle il avait promis hypothèque. On peut voir l'interprétation que Voët donne à cette loi, d'après la commune opinion. J'ai rapporté plus haut ses propres expressions (1).

M. Grenier me semble aussi dans l'erreur lorsqu'il croit que l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1814, qu'on trouve rapporté tout au long aux Questions de Droit de M. Merlin (2), est tout-à-fait décisif en faveur de son opinion.

Dans l'espèce de cet arrêt, Manoury avait ouvert un crédit de 100,000 francs au sieur Bonvoisin, qui lui avait hypothéqué son domaine de *Belle-Étoile*. Le 6 mai 1808, inscription au bureau des hypothèques.

Bonvoisin tire des lettres de change, qui sont acquittées par Manoury, jusqu'à concurrence de 97,208 fr.

Ce n'est que le 13 octobre 1808 que Bonvoisin consent des hypothèques à des tiers sur le domaine de Belle-Étoile.

Bonvoisin étant tombé en faillitte, ces nouveaux créanciers prétendirent que Manoury était sans droit, et que son hypothèque était nulle, par la raison qu'à l'époque où elle avait été inscrite, le contrat n'était obligatoire pour aucune des parties.

Ce système fut successivement proscrit par la cour de Caen et par la Cour de cassation.

Et il devait l'être nécessairement, puisque, à l'époque où les nouvelles hypothèques avaient été créées, le débiteur avait fait usage de son crédit, et procuré par consé-

(1) N° 474, et Pothier, Pand., t. 1, p. 569, n° 2, et la note.
(2) V. aussi Dalloz, Hyp., p. 214 et 215, et la note, p. 205.

quent l'accomplissement de la condition potestative. Ainsi l'hypothèque de Manoury avait eu une existence légale avant que le droit des hypothèques postérieures ne fût encore né (1).

Il ne faut pas se dissimuler cependant que les motifs donnés par la cour de Caen et par la Cour de cassation rentrent dans le système de M. Grenier. Ces deux cours font abstraction de ce fait décisif, savoir, que la numération des deniers avait précédé l'hypothèque conférée aux tiers. Elles raisonnent comme si le contrat eût produit un lien de droit, non-seulement pour le prêteur, mais encore pour l'emprunteur, quand même celui-ci n'aurait pas encore fait usage de son crédit ! Mais, à mon avis, les principes s'opposeront toujours à de pareilles assertions (2).

(1) C'est ainsi que M. Merlin interprète cet arrêt.

(2) Je dois dire cependant que la jurisprudence tend à les consacrer. Elle décide, en effet, que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté produit effet du jour du contrat, non-seulement quand les tiers n'ont acquis de droits qu'après la réalisation, comme avait fait la Cour de cassation par son arrêt du 28 janvier 1814 dont je viens de parler, mais encore quand les droits acquis par les tiers l'ont été avant la réalisation, mais après que l'inscription a été prise en vertu du contrat. V. Douai, 17 décembre 1833 (Sirey, 34, 2, 279) ; Paris, 20 août 1841 (Sirey, 41, 2, 541), et 30 mars 1842 (Sirey, 43, 2, 113) ; Aix, 29 mai 1841 (Sirey, 41, 2, 520) ; Besançon, 30 novembre 1848 (Sirey, 48, 2, 729) ; Cassation (motifs de l'arrêt), 21 novembre 1849 (Sirey, 50, 1, 91). — V. encore Agen, 3 janvier 1845 (Sirey, 45, 2, 405). — La cour de Rouen est allée même jusqu'à décider que l'hypothèque consentie pour garantie du montant d'un crédit ouvert pour une certaine somme, et jusqu'à une époque déterminée, continue de subsister, même pour les sommes fournies depuis cette époque par continuation du crédit et sans qu'il y ait eu alors compte arrêté. — Arrêt après partage du 19 janvier 1849 (Sirey, 50, 2, 138). Mais sur le pourvoi dont cet arrêt a été l'objet, la Cour suprême en a prononcé la cassation en décidant que l'hypothèque ne vaut pas pour le solde définitif du compte au moment où il a été réellement balancé et arrêté. Cassation, 22 mars 1852 (Sirey, 52, 1, 308).

480. Quelques esprits rigides (1) ont prétendu que l'inscription, étant prise avant les payements qui seuls forment entre le prêteur et le débiteur le lien hypothécaire, devait être annulée comme prématurée. En effet, ont-ils dit, l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire. Or, comment peut-on conserver une hypothèque qui n'a pas encore d'existence, pas plus que l'obligation dont elle est l'accessoire? Car, d'après l'art. 1174 du Code Napoléon, toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Néanmoins il faut répondre que l'inscription est valable (2). La nullité dont il s'agit dans l'art. 1174 n'est pas radicale et absolue. La preuve en est que si celui qui s'oblige remplit la condition, le contrat a toute sa force, et il n'est pas nécessaire de passer un nouvel acte. Il y a un lien de droit qui confirme le contrat, du jour où celui qui s'oblige a accompli la condition. La nullité est couverte, et il n'est plus temps de l'opposer.

L'inscription sera protégée par les mêmes raisons. Elle sera l'accessoire d'une obligation hypothécaire qui ne sera plus attaquable dès le moment que le lien de droit sera formé.

D'ailleurs qui pourrait s'en plaindre? Il n'y aurait que les tiers. Mais où serait leur intérêt? Car nous convenons que l'inscription ne doit prendre rang que du jour où l'obligation a été purifiée et confirmée.

Or, de deux choses l'une : ou ces tiers ont obtenu hypothèque avant l'événement de la condition potestative, ou ils l'ont obtenue après.

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 159, n° 3. M. Battur, t. 2, n° 283.

(2) Cela ne fait plus difficulté aujourd'hui ni en doctrine ni en jurisprudence. V. notamment Rouen, 9 mars 1830 (Sirey, 31, 2, 245). Besançon, 30 novembre 1848 (Sirey, 48, 2, 729). Cassation, 21 novembre 1849 (Sirey, 50, 1, 91). — V. aussi MM. Merlin, Quest., v° Hypothèque, § 3, n° 2 ; Toullier, t. 6, n° 546; Duranton, t. 19, n° 244; Championnière et Rigaud, t. 2, n° 934.

S'ils l'ont obtenue avant, leur hypothèque inscrite prend la préférence sur celle du créancier sous condition potestative.

S'ils l'ont obtenue après, comme le lien de droit était formé avant la constitution de leur hypothèque, ils ne peuvent pas se plaindre d'une inscription qui leur a fait connaître l'hypothèque valable qui les primait.

480 *bis*. A l'égard des conditions *résolutoires* qui affectent les obligations, j'ai peu de chose à en dire après ce que j'ai fait connaître ci-dessus de ce genre de conditions (1). Je me borne à ajouter ici que lorsqu'elles arrivent pour résoudre l'obligation, elles résolvent en même temps l'hypothèque qui en était l'accessoire (2).

ARTICLE 2126.

Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

SOMMAIRE.

481. Les biens des mineurs sont soumis à l'hypothèque judiciaire. Raison de cela.
482. Ils sont aussi soumis à l'hypothèque légale.
483. Mais ils ne peuvent être grevés de l'hypothèque conventionnelle que dans certains cas et suivant certaines formalités. Droit romain. Droit français. Du mineur émancipé.
484. Les mineurs marchands autorisés peuvent hypothéquer librement leurs biens.
485. Des interdits. Des prodigues.

(1) Nos 468 *ter* et suiv.
(2) Art. 2180, *infrà*.

COMMENTAIRE.

481. Les biens des mineurs, comme ceux des majeurs, sont soumis à l'hypothèque judiciaire, d'après la disposition finale de notre article. On n'a jamais douté de cette règle dans l'ancienne jurisprudence, et elle se trouvait même consignée dans les lois 3, § 1, D. *De reb. eorum qui sub tutelâ*, et dans la loi 7, § 10, D. *Quib. ex causis.*

On sent aisément que dans cette matière on ne pouvait créer de privilége pour le mineur; en effet, lorsque ses droits ont été débattus sous les yeux du juge, on n'a pas à craindre que la fraude ait abusé de son âge pour lui faire engager témérairement ses immeubles; sans cela personne ne voudrait traiter avec les mineurs (1).

482. Il n'y a pas de doute non plus que les biens du mineur ne puissent être frappés d'hypothèque légale: « Diversum est, dit Voët, si de pignore, non conventio» nali, sed legali quæstio fit, *quippè quo etiam pupillaria* » *bona gravari posse obtinuit* (2), » et c'est ce qui résulte de la loi 2, D. *De reb. eor.*, et de la loi 2, au D. *In quib. casis.*

(1) Cujas, Code, *Si major factus alien.*—Dans les projets de réforme qui ont été récemment discutés, on avait laissé, dans l'article 2118 (2e délibération), correspondant à notre art. 2126, les mots « *en vertu de jugements* » qu'on trouve dans celui-ci, et cependant l'hypothèque judiciaire avait été supprimée, comme on l'a vu plus haut. (V. n° 435, aux notes). C'est qu'on entendait uniquement valider les hypothèques autorisées en justice. Néanmoins, comme la rédaction pouvait faire naître des doutes, on avait voulu les prévenir, et l'article avait été préparé, en ces termes, pour la 3e délibération : « Les biens des mineurs et des » interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et » dans les formes établies par la loi. — Ceux des absents, tant » que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne » peuvent être hypothéqués qu'*en vertu d'autorisation judiciaire.* » (Art. 2115 du projet.)

(2) Tit. *De reb. eor.*, n° 4.

483. Mais, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la loi a dû environner le mineur de formalités protectrices pour le mettre à l'abri des piéges de la mauvaise foi.

D'après le droit romain, le tuteur de l'impubère ou le curateur du pubère ne pouvaient hypothéquer seuls les biens du mineur confié à leurs soins ; il fallait l'intervention de l'autorité du magistrat (1).

A la vérité, dans des temps plus anciens, on voit, par des textes empruntés aux écrits du jurisconsulte Scévola, que les tuteurs ou curateurs avaient seuls le droit d'hypothéquer les biens des mineurs (2). Mais l'empereur Sévère fit changer cet état de choses par un sénatus-consulte qui n'exigea d'abord l'intervention du magistrat que pour les héritages rustiques et suburbains. Plus tard, Constantin exigea que l'autorisation du magistrat fût requise pour tous les héritages quelconques, urbains ou ruraux (3).

Il n'y avait pas d'exception à cette obligation pour les mineurs émancipés. « Eos qui veniam ætatis à principali » clementiâ impetraverunt vel impetraverint, non solùm » alienationem, sed etiam hypothecam minimè posse » sine decreti interpositione rerum suarum immobilium » facere jubemus. » L. 3, C. *De his qui veniam ætatis.*

D'après le Code Napoléon, art. 437, le tuteur (même le père ou la mère) ne peut hypothéquer les biens immeubles du mineur sans y être autorisé par un conseil de famille, et cette autorisation ne peut être donnée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Le mineur émancipé n'a pas une plus grande liberté

(1) L. 1, § 2, Dig. *De reb. eor.* Pand., t. 2, p. 160, n° 1. Voët, *De reb. eor.*, n°s 1 et 9.

(2) L. 47, § 1, *De minor.*, et 20, *De auct. tutor.* Pothier, Pand., t. 2, p. 160, note *a.* Voët, *loc. cit.*

(3) L. 22, C. *De administ. tutor.* Pothier, Pand., t. 2, p. 161, n° 4. Voët, *loc. cit.*, n° 1.

que le mineur non émancipé. D'après les art. 483 et 484 du Code Napoléon, il ne peut hypothéquer ses biens qu'en observant les formalités imposées pour cela aux mineurs non émancipés (1).

L'ancienne jurisprudence française contenait à cet égard les mêmes dispositions (2).

484. Les mineurs marchands autorisés sont placés, par le Code de commerce, dans une position différente; par l'art. 6 de ce Code, ils peuvent seuls hypothéquer leurs immeubles (3).

485. Les interdits pour cause de fureur, démence, imbécillité, sont dans la même catégorie que les mineurs non émancipés (art. 509 du Code Napoléon).

Ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent hypothéquer leurs biens sans l'assistance de ce conseil (art. 499 et 513 du Code Napoléon).

486. Quant aux absents, l'art. 128 du Code Napoléon dit positivement que les parents qui jouissent des biens des absents, en vertu de l'envoi en possession provisoire, ne peuvent les hypothéquer.

Les tiers n'ont donc d'autre ressource que de prendre la voie d'actionner devant les tribunaux ceux qui jouissent des biens des absents par suite de l'envoi provisoire, et d'obtenir contre eux des jugements qui imprimeront sur les biens l'hypothèque judiciaire (4).

487. Je passe à la question si importante et si controversée de savoir si, lorsqu'une hypothèque consentie par l'un des incapables que je viens d'énumérer est ratifiée par lui lorsque son incapacité cesse, elle doit compter du jour de la ratification, ou bien si cette ratification pro-

(1) Grenier, t. 1, p. 64, n° 37. Merlin, Q. de droit, v° Hypothèque, p. 411. *Contrà* M. Duranton, t. 3, n° 673.

(2) Pothier, Orléans, t. 9, n° 23. Argou, t. 1, liv. 1, ch. 8.

(3) Grenier, n° 38, t. 1. Dalloz, Hyp., p. 189.

(4) Répert., v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 6, n° 2. Grenier, t. 1, n° 40. — V. *suprà*, la note sous le n° 481.

duit un effet rétroactif, et valide le contrat à l'époque de sa date.

Pour se former des idées claires sur cette question, il faut d'abord examiner quel est le genre de vice que produit l'omission des formalités requises pour habiliter les conventions des incapables dont il vient d'être question.

Occupons-nous d'abord des mineurs.

488. Il est indispensable de jeter, avant tout, un coup d'œil sur le droit romain.

Les lois romaines divisaient, comme on sait, la minorité en deux époques.

L'une, qui comprenait depuis la naissance jusqu'à quatorze ans pour les mâles, et douze ans pour les filles; c'était l'impuberté (1).

Pendant le temps de l'impuberté, le mineur était soumis à un tuteur. Il ne pouvait alors contracter aucune obligation, *même naturelle*, à moins cependant qu'il ne se fût enrichi (2). Il était dans la double incapacité de conduire sa personne et de gérer ses biens (3).

L'autre époque commençait à la puberté et finissait à vingt-cinq ans. L'adulte mineur était censé capable de conduire sa personne; mais en ce qui concerne ses biens, on ne présumait pas la même capacité, et il pouvait sur sa demande recevoir un curateur pour gérer sa fortune (4).

Quoique pourvu d'un curateur, le mineur pubère avait le pouvoir de s'obliger personnellement sans l'interven-

(1) L. final., C. *Quando tutor. esse inst. quib. modis tutel. finit.* M. Ducaurroy, t. 1, p. 222, n° 263.

(2) L. 43 et 59, Dig. *De oblig.* Cujas, sur la loi 59 citée, et sur la loi 127, *De verb. oblig.* Pothier, Pand., t. 3, p. 276, n° 17.

(3) M. Ducaurroy, t. 1, p. 225, n° 268.

(4) M. Ducaurroy, t. 1, p. 225, n° 268. Voy. les Instit. de Justinien, liv. 1, t. 23, *De curat.*, n° 2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt*, ainsi que le comment. de Janus à Costa sur ce passage, qui a fort occupé les interprètes.

tion de ce protecteur de ses intérêts. Il était lié par les contrats qu'il souscrivait.

« Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu » obligari. » L. 101, D. *De verb. oblig.* (1).

Je dis *personnellement;* car, comme le fait observer Cujas, le curateur n'étant donné que pour les biens et pas pour la personne, on n'avait pas besoin de son intervention pour obliger la personne.

Mais le mineur ne pouvait disposer de *sa chose*, ni l'obliger, sans l'assistance du curateur; car c'était précisément pour veiller sur la chose que celui-ci était proposé. Aussi voyons-nous, par la loi *Si curatorem habens*, C. *De in integ. restit.*, que le mineur ayant un curateur ne pouvait, sans son assistance, obliger ses biens (2).

Ainsi, ce serait une erreur de croire que, par le droit romain, le mineur adulte pouvait s'obliger seul, valablement dans tous les cas, sauf la restitution en entier, s'il y avait lésion. Sans doute, s'il n'avait pas demandé la nomination d'un curateur, les actes qu'il avait passés seul n'étaient sujets qu'à rescision (3). Mais lorsqu'il était dans les liens de la curatelle, il en était autrement. Il ne pouvait que contracter des obligations qui contenaient la simple prestation d'un fait personnel; quant à celles qui entraînaient la diminution de son avoir (4), elles étaient nulles; il n'était pas nécessaire que le mineur *se fît restituer;* il suffisait que le curateur ne fût pas intervenu.

« Fateor, dit Cujas (5), *res suas* puberem non alienare

(1) Cujas, sur cette loi. Pothier, Pand., t. 3, p. 293, n° 18, et note *c*. Voët, *De verb. oblig.*, n° 4; *De minorib.*, n° 52.

(2) Fachin., Cout., liv. 3, ch. 9. Voët, *De minorib.*, n° 52.

(3) V. mon Comment. de la *Vente*, t. 1, n° 166. Huberus, sur le D. *De minoribus*, n° 2. *Et sanè*, dit-il, *qui non habent curatores, eos obligari posse.*

(4) *Quæ trahunt post se rei familiaris diminutionem ad suî implementum* (Voët, *loc. cit.*).

(5) Sur la loi 101, *De verb. oblig.*

» sine curatoris auctoritate. Nam curatori rerum admi-
» nistratio commissa est, at *in personam puberis* curator
» potestatem non habet : pubes enim *est suæ tutelæ*,
» ideòque *de sua personâ* promittere potest sine curatore
» suo, *itemque nubere* (L. *Sciendum*, D. *De ritu nuptiar.*).
» Similiter puberi solvitur rectè, sinè tutoris auctoritate.
» Idem in judicio jusjurandum defert sine curatore.
» (L. *nam posteà*, § *si minor.*, Dig. *de jure*). Imò et mu-
» lieri *puberi* tutorem habenti, sine tutore solvitur rectè,
« auctore Tullio *in Topic.* Rursùs puber solvit et restituit
» sine curatore suo (L. 1, § *fin. ad. s. c. Trebell.*). Pubes
» adit hæreditatem sine curatore (L. *Cum in*, § *ult.* Dig.,
» *de appellat.*). Deniquè ea quæ *personam suam* spectant
» is solus administrat. Res suas, veluti prædia, aut man-
» cipia, aut mobilia, non item. »

Ainsi, lorsque le mineur placé sous curatelle avait emprunté de l'argent sans l'assistance de son curateur, il n'était pas tenu de le rendre s'il ne s'en était pas enrichi ; car l'obligation était nulle, et le remède de la restitution n'était pas nécessaire (1).

Ce n'est pas tout. On a vu que, pour l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles, il fallait le décret du magistrat. Faute de ce décret, l'aliénation était nulle *ipso jure*, dit Voët (2), et l'on n'avait pas besoin d'examiner s'il y avait ou non lésion. L. 2, 10, 11, 15, 16, C. *De prædiis minor.* On peut consulter le titre du Code « *Si major* » *factus alienat.* », avec le commentaire de Cujas et la glose de Godefroy, et l'on verra que ces jurisconsultes ne cessent de répéter que le défaut de décret produit une nullité de plein droit, *ipso jure*.

489. Mais si le mineur, parvenu à sa majorité, gardait le silence pendant cinq ans sur les actes nuls qu'il avait passés en minorité, le vice était couvert, et l'on con-

(1) Voët, *loc. cit.*

(2) *De reb. eor.*, n° 9. *Ipso jure*, c'est-à-dire, ici, sans qu'il fût nécessaire de prouver une lésion. V. Rép. de jurisprud., v° Nullité. p. 674, 675.

sidérait ces actes comme valides *ab initio*. Telle est la disposition formelle de la loi 3, au C. *Si major factus alienat. fact. sine decreto ratam hab.* « Ideòque præcipimus, » si per quinque continuos annos post impletam mino- » rem ætatem, id est, post 25 annos connumerandos » nihil conquestus est super tali alienatione, is qui eam » fecit, *vel hæres ejus*, minimè posse retractari eam, occa- » sione prætermissionis decreti, sed sic teneri, quasi *ab* » *initio* legitimo decreto fuisset res alienata. »

Et remarquons que cette ratification pouvait être donnée par le mineur, non-seulement par son silence pendant le délai voulu par la loi, mais encore par une volonté expressément déclarée. Favre (1) dit que le mineur pouvait ratifier la vente nulle faite par lui, *aut pacto expresso, aut longi temporis silentio*, et qu'alors « confir- » maretur ex post facto venditio, quæ ab initio non va- » luisset. » Voët tient le même langage sur le titre *De reb. eor. qui sub.* (2).

Quelle peut être la raison de cet effet rétroactif donné par les lois romaines à la ratification *expresse ou tacite* d'un acte qu'elles déclarent cependant nul *ipso jure?* C'est évidemment que cette nullité n'était pas absolue, qu'elle n'était établie qu'en faveur du mineur (3). Ainsi, comme l'acte subsistait déjà avec plénitude d'obligation envers certaines personnes, il n'y avait rien d'extraordinaire à ce que la ratification du mineur eût pour effet de le mettre à l'abri de critique, comme s'il eût été valable dès le commencement.

Mais cette ratification produisait-elle un effet rétroactif, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore à l'égard des tiers?

On verra plus bas les raisons de douter et de décider. Je me borne à remarquer ici que la loi ne distingue pas ;

(1) Code, lib. 4, t. 33, déf. 3.

(2) V. aussi Merlin, Q. de droit, Hyp., § 4, p. 413, col. 2.

(3) Favre, Code, lib. 4, t. 33, déf. 3. *Contractus claudicabat*, dit-il.

qu'elle dit d'une manière absolue que la ratification tacite valide le contrat *ab initio*, et que par conséquent cela doit s'entendre des tiers comme des parties contractantes.

490. Voyons si les principes sont les mêmes dans le droit français (1).

Augeard (2) cite un arrêt du parlement de Paris du 19 février 1704, qui décida, en conformité des lois romaines, que l'aliénation des biens d'un mineur sans les formalités voulues, *était nulle de plein droit*. L'arrêt prononça « *sans qu'il soit nul besoin de s'arrêter aux lettres* » *de rescision.* » Et Bretonnier approuve cette décision (3).

La ratification que le mineur faisait d'un pareil contrat le validait cependant *ab initio*.

Mais on n'était pas d'accord sur la question de savoir si cette ratification d'une hypothèque donnée en minorité produisait un effet rétroactif *à l'égard des tiers*, ou si elle devait seulement compter du jour de la ratification.

Cependant un arrêt du parlement de Paris du 23 juillet 1667, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1, p. 10), jugea que la ratification devait produire un effet rétroactif à l'égard des tiers, et consacra les principes du droit romain.

Néanmoins, cet arrêt était en opposition avec un arrêt du parlement de Bretagne du 15 novembre 1652, et un autre arrêt du parlement de Rouen du 6 février 1668, rapportés par Basnage (4). On peut consulter cet auteur, qui, embarrassé de la question, s'est créé des distinctions peu satisfaisantes pour l'esprit. En général, c'est un

(1) Je suis revenu sur cette question dans mon Comment. de la *Vente*. J'engage à y recourir (t. 1, n° 166). — V. aussi mon Commentaire du *Cautionnement*, n° 74.

(2) T. 1, arrêt 46, p. 392.

(3) Sur Henrys, t. 2, p. 262.

(4) Hyp., ch. 3.

guide peu sûr, qui manque d'ordre et de méthode, et dont le savoir est très-superficiel; mais Pothier, qui a vu la chose en véritable jurisconsulte, marche au but d'un pas plus ferme et plus assuré.

« Il en est autrement, dit-il, lorsqu'ayant contracté » moi-même en minorité, sous l'hypothèque de mes » biens, je ratifie en majorité. Car, en ce cas, ce n'est » pas ma ratification qui produit l'hypothèque; elle ne » fait que confirmer celle que le contrat avait produite, » et empêcher qu'il ne soit sujet à rescision » (1).

Je laisse de côté les opinions de Mornac (2), de Ferrières (3), et d'autres jurisconsultes anciens, et j'arrive au Code Napoléon.

491. MM. Grenier, Merlin et Toullier ont traité cette question. Le premier pense que la ratification ne nuit pas aux tiers, et que l'hypothèque ne peut prendre naissance que du jour de la ratification (4).

Au contraire, MM. Merlin et Toullier sont d'avis que l'hypothèque prend naissance depuis le contrat primitif (5).

C'est à cette seconde opinion que je me range, quoique je n'adopte pas toutes les propositions de ces deux auteurs (6).

492. Par le droit français comme par le droit romain, l'hypothèque consentie par le mineur, sans les formalités

(1) Orléans, t. 20, n. 24.
(2) Sur la loi 16, *De pignorib.*
(3) Sur Paris, art. 239, glose 2, n° 32.
(4) T. 1, n. 42 et suiv.
(5) Quest. de droit, § 4, Hyp. Droit civil, t. 7, n° 565.
(6) L'opinion de M. Grenier a été adoptée par M. Dalloz, Hyp., p. 190. Elle est professée par M. Persil, art. 2124, n° 12, et par MM. Delvincourt, t. 3, n° 6, p. 159; Duranton, t. 10, nos 80 et suiv.; Zachariæ, t. 3, p. 429 et 432; Solon, t. 1, n° 71; Valette sur Proudhon, ch. 16, sect 2 et 5; Pont, *Revue de législation*, t. 21, p. 27 et suiv. V. aussi Cassation, 18 juin 1844 (Sirey, 44, 1, 497). Voyez, au surplus, la discussion contenue dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, n° 166.

voulues par la loi, est nulle *ipso jure*, et il peut faire prononcer cette nullité par les tribunaux, sans prouver aucune lésion.

Il est vrai que M. Merlin soutient (1) que, par le Code Napoléon, ce n'est plus par *la voie de nullité*, mais par la voie *de rescision*, que le mineur, devenu majeur, peut réclamer contre les hypothèques consenties sans les formalités requises.

Mais il m'est impossible de souscrire à cette doctrine, que je crois fondée sur un abus de mots.

Tout le monde sait la différence qui existe entre *la nullité* et *la rescision*.

« L'action en nullité, dit M. Proudhon, n'exige la » preuve d'aucune lésion, parce qu'il est de la nature » des choses qu'un acte nul ne produise aucun effet » contre l'intérêt de celui pour lequel la nullité est éta» blie par la loi.... Dans l'action en rescision, au con» traire, il faut prouver la lésion, à moins qu'on ne soit » dans quelque cas où elle soit présumée de droit » (2).

La même distinction est enseignée par M. Toullier (3), qui prouve fort bien qu'il y a nullité *ipso jure*, et non pas lieu à rescision, lorsqu'un mineur procède sans les formalités voulues par la loi.

Cette différence entre l'action en rescision et l'action en nullité est écrite en termes très-clairs dans l'art. 1304 du Code Napoléon, où il est dit que le temps de ces deux actions court contre le mineur, à compter de sa majorité. Elle résulte aussi de l'art. 1311.

Mais, dit M. Merlin, l'art. 1305 porte : « La simple lé» sion donne lieu à la rescision en faveur du mineur » non émancipé, contre toutes sortes de conventions;

(1) *Loc. cit.*, p. 414.

(2) T. 2, p. 282, Traité des personnes. Consultez, au surplus, mon Commentaire de la *Vente*, t. 2, nos 685 et suiv. On y trouvera une dissertation approfondie sur les *nullités* et les *rescisions*.

(3) T. 6, n° 106, et t. 7, n° 572.

» et en faveur du mineur émancipé, contre toutes sortes
» de conventions qui excèdent les bornes de sa capacité,
» ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de
» la tutelle et de l'émancipation. »

Donc, ajoute-t-il, la vente que le mineur émancipé fait de ses immeubles, sans observer ces formalités, étant au nombre des conventions qui excèdent sa capacité, il s'ensuit que ce mineur émancipé ne pourra revenir contre ce qu'il a fait, que par rescision. Donc, la vente, l'aliénation, l'hypothèque qu'il a consenties sans observer ces formalités, ne sont pas nulles de plein droit. Donc il en est de même à l'égard du mineur non émancipé ; car il ne peut y avoir de différence entre l'un et l'autre.

J'ose croire que M. Merlin est tombé ici dans une erreur evidente.

L'art. 1305, en prononçant le mot de *lésion*, annonce par là qu'il ne s'occupe pas des voies de nullité à employer contre les contrats des mineurs. Il ne les envisage que sous le rapport du dommage que le mineur a pu en éprouver. Dès lors, il est clair qu'il les suppose valables dans la forme.

Ceci posé, quel a été le but de l'art. 1305? Qu'a-t-il voulu dire? Le voici.

Lorsqu'un contrat est passé par un mineur, *quoiqu'il soit valable en la forme*, néanmoins le mineur pourra se faire restituer pour *simple lésion*. A la vérité, le Code n'a pas été aussi loin que l'ancienne jurisprudence, dont les inconvénients faisaient dire à Henrys (1) : « Vainement » on aura observé les formalités, avis de parents, rap» ports d'experts, décrets du magistrat, tout cela n'em» pêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son » bien, *s'il se trouve quelque lésion..... Il n'y a pas d'as» surance plus grande que d'acheter l'immeuble du mineur » plus cher qu'il ne vaut.* » Pour éviter cet abus, le Code n'admet pas *la simple lésion* dans les aliénations des im-

(1) T. 2, p. 257, et Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

meubles des mineurs valables en la forme (1) : il ne l'admet pas non plus dans les cas de partage (2), d'acceptation de donation (3) et autres cas expressément exceptés (4). Mais dans toutes les autres circonstances où le législateur n'a pas déclaré que l'accomplissement de telles ou telles formalités faisait assimiler les mineurs aux majeurs, la règle générale est que, quoique l'acte soit valable en la forme, le mineur pourra se faire restituer s'il y a simple lésion (art. 1305 du Code Napoléon, art. 481 du Code de procédure civile), tandis qu'il faut que le majeur prouve une *lésion énorme*. Encore le majeur n'est-il restituable pour lésion énorme que dans le cas de partage (887 du Code Napoléon) et de vente (1671 du Code Napoléon). Dans les autres contrats, même celui d'échange, il n'est pas restituable (1707 du Code Napoléon) (5).

Quant au mineur émancipé, comme il peut faire des actes d'administration, et qu'à cet égard il est assimilé au majeur, il ne sera restituable que dans le cas où un majeur le serait lui-même.

Mais dans tous les autres actes où sa capacité n'a pas plus d'étendue que celle du mineur, quoiqu'il ait passé ces actes avec l'assistance de son curateur et suivant les formalités voulues par la loi, il sera restitué

(1) Art. 1314.

(2) Idem, et art. 466, 840.

(3) Art. 463.

(4) Art. 1309, 1398, 481, 487, 1308.

(5) M. Toullier, t. 7, n° 574. Nous rappellerons ici qu'il existe sur la nullité et la rescision des actes qui concernent les mineurs, des divergences d'opinions dont M. Merlin n'est pas le seul organe. M. Duranton a développé, sur ce point, un système sur lequel il est, jusqu'à ce jour, seul de son avis (Traité des contrats). Je m'écarterais de mon plan si je discutais plus longuement cette question, dont les faces diverses ont été exposées dans la Thémis, t. 3, p. 548, et t. 5, p. 130. Il faut consulter aussi mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, n° 166.

pour simple lésion de même qu'un mineur non émancipé (1).

Tel est le véritable sens de l'art. 1305. On doit le prendre *secundùm subjectam materiam*, et non pas lui donner une application détournée de la pensée du législateur. Au surplus, on voit par plusieurs autres textes du Code Napoléon que l'action en *nullité* est la seule qu'il faille employer contre les obligations des mineurs passées sans les formalités de la loi.

C'est ce que prouve l'art. 2012 du Code Napoléon, qui porte qu'on peut cautionner « l'obligation, encore qu'elle » puisse être *annulée* par une exception personnelle à » l'obligé, par exemple dans le cas de minorité. »

C'est ce que prouve encore, par un argument irrésistible, l'art. 502 du Code Napoléon, portant : « L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du » jour du jugement. Tous actes passés postérieurement » par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront » *nuls de droit.* » Il n'est pas possible de mettre une différence entre le mineur et ceux qui sont ou interdits ou sous l'assistance d'un conseil. La loi assimile toujours ces individus les uns aux autres.

L'erreur de M. Merlin me paraît donc établie par ces textes et ces rapprochements décisifs, et je m'étonne que M. Toullier (2) ait cru devoir donner des éloges sans restriction au passage de M. Merlin qui contient cette confusion de choses si clairement distinctes.

Tenons donc pour constant que le défaut d'autorisation vicie l'acte passé en minorité d'une nullité *ipso jure*, de même que dans le droit romain (3).

(1) M. Toullier, t. 7, n° 576. Mais si le mineur émancipé a passé ces actes sans l'assistance de son curateur ou sans les formalités voulues par la loi, ils seront *nuls de droit*. Rennes, 17 novembre 1836 (Sirey, 37, 2, 354).

(2) T. 7, n° 569, note 1.

(3) Cass., 16 janvier 1837 (Sirey, 37, 1, 102. Dalloz, 37, 1, 62). Rennes, 17 novembre 1836 (Sirey, 37, 2, 354).

493. Mais puisqu'il est constant que cette nullité n'est pas absolue, qu'elle n'est que relative, il faudra dire avec la loi romaine que la ratification par le silence gardé pendant dix ans validera l'acte *ab initio*.

Et puisque le silence produit cet effet important, combien, à plus forte raison, ne sera-t-il pas produit par la ratification expresse, émanant de la volonté libre, réfléchie, d'un majeur, que sa bonne foi porte à imprimer le sceau de l'inviolabilité à ses engagements de conscience et d'honneur?

494. Mais, dit-on (1), le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, dépouiller les créanciers qui ont contracté avec lui (dans l'intervalle du premier contrat à la ratification) du droit d'exercer à sa place l'action en nullité qui lui était ouverte. Cette ratification leur porte un véritable préjudice; il est d'ailleurs de principe que la ratification ne peut avoir d'effet au préjudice des tiers.

La réponse me paraît facile à faire.

D'abord, il est trop absurde de dire que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; car il résulterait de ce système, qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; ce qui serait le mettre dans un état d'interdiction véritable, et entraver la liberté des contrats dans un majeur. Que les créanciers puissent exercer les droits de leur débiteur, tant que ces droits subsistent ou sont ouverts, il n'y a à cela nulle difficulté; mais cette faculté leur est interdite lorsque ces droits ont cessé d'exister en la personne de leur débiteur, et par le fait de ce débiteur. Ils sont obligés de respecter ses actes, à moins qu'il n'y ait eu fraude de sa part, auquel cas ils peuvent exercer l'action révocatoire paulienne (2).

(1) C'est l'objection de Basnage, Hyp., ch. 3; de Ferrières, sur Paris, art. 239, glose 2, n° 32; de M. Grenier, t. 1, n° 44; et de tous les partisans de l'opinion de M. Merlin que je combats.

(2) Art. 1167 du Code Napoléon. Q. de Droit, Hypoth., p. 419, col. 2.

495. En second lieu, c'est un principe certain que la ratification produit un effet rétroactif, « retrò currere ra» tihabitionem ad illud tempus quo convenit, » dit la loi 16, au D. *De pignorib. et hypothecis* (1).

Il y a, à la vérité, une exception remarquée par tous les auteurs. C'est que la ratification ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (2).

C'est pourquoi Mornac dit : « Distinctio tamen, et in » scholâ et in foro, perpetua hæc est, ut nimirùm si aga» tur de præjudicio tertii, retrò trahatur numquam rati» habitio ; secùs, si de solo ratificantis damno (3). »

496. Mais s'il est vrai que la ratification n'a pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers, il ne faut pas croire que ce soit dans tous les cas et sans exception aucune. Cette règle n'est vraie que dans deux circonstances, savoir : 1° lorsque l'acte ratifié est d'une nullité absolue ; car, n'ayant eu aucune existence légale avant la ratification, on ne peut créer au préjudice des tiers une fiction qui ferait remonter la validité de cet acte à une époque où ils avaient sujet de le croire nul.

2° Lorsque le contrat qu'on ratifie a été passé *à non domino*, ou par une personne qui n'était pas munie de pouvoirs, comme dans le cas de la loi 16, au D. *De pignorib. et hypoth.*

« Si *nesciente domino*, res ejus hypothecæ data sit, » deindè posteà dominus ratum habuerit, dicendum est, » hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retrò currere » ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. » On suppose que, par la ratification, les choses sont mises dans les mêmes termes que si celui qui ratifie avait donné originairement un mandat « *ratihabitio mandato æquiparatur.* »

(1) V. aussi l. *Licet*, Dig., *De jud.*, et l. *ult.*, C., *Ad S.C. maced.*

(2) Tiraqueau, *De retract. gent*, glose x, § 1, n° 69. Il cite une foule d'autorités suivant son usage. Maynard, t. 2, liv. 7, c. 33, etc.

(3) Sur la loi 16, Dig., *De pig. et hyp.*

Mais cette rétroactivité ne peut préjudicier aux tiers. En effet, l'hypothèque donnée *à non domino* sur le bien que le véritable propriétaire leur a plus tard engagé, n'était rien pour eux, à l'époque où ils ont traité avec ce dernier, qui n'avait encore rien ratifié. C'est seulement du jour de la ratification que le propriétaire réel est censé avoir créé l'hypothèque, puisque auparavant elle lui était étrangère, et qu'elle émanait d'une personne sans pouvoir. De quel droit le propriétaire pourrait-il donner un effet rétroactif à cette hypothèque au préjudice de droits acquis (1)?

497. Mais, comme Pothier le fait remarquer (2), on ne peut dire la même chose d'un contrat passé par un mineur. Car ce contrat n'est pas nul *absolument ;* il n'est nul qu'à l'égard du mineur, tandis qu'il lie d'un lien de droit indissoluble ceux qui y ont pris part et adhéré (3).

Je ne puis m'empêcher de citer encore un autre passage de Pothier, tiré de son Traité des retraits (4) ; on y verra clairement marquée la différence d'effet de la ratification entre les actes nuls d'une nullité relative, et ceux qui sont nuls d'une nullité absolue.

« Lorsque la vente a été faite *par un autre que par le* » *propriétaire*, quoique la tradition soit intervenue, ce » n'est que du jour du consentement donné à la vente » par ce propriétaire, qu'il y a ouverture au retrait, au » profit de la famille de ce propriétaire. Car ce n'est que » par ce consentement qu'il est censé vendre, et que » l'héritage est mis hors de la famille.

» Lorsqu'un mineur a vendu son héritage propre, et

(1) C'est dans ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1831 (Dall., 31, 1, 228 et 229). Il s'agissait d'une vente de la chose d'autrui qui avait été ratifiée. V. aussi mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, p. 237.

(2) Orléans, tit. 20, n° 24.

(3) Ulp., l. 13, § 29, Dig., *De act. emp.*

(4) N°s 123 et 124.

» que, devenu majeur, il ratifie, c'est du jour du contrat » de vente que le retrait est ouvert. Car la nullité de » l'aliénation des héritages des mineurs n'est pas une » nullité absolue, mais relative, et en faveur du mineur » seulement. L'acte n'est nul que dans le cas auquel le » mineur, ou ceux qui succèdent à ses droits, jugeraient » à propos de s'en plaindre, et d'avoir recours aux » lettres de rescision; l'acte par lequel il ratifie en ma- » jorité est un acte par lequel il renonce à s'en plain- » dre. Mais ce n'est pas par cet acte, c'est par la vente » qu'il a faite de son héritage, qu'il l'a mis hors de sa fa- » mille, et c'est cette vente qui donne ouverture au re- » trait et non à la ratification. »

On voit que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la vente est faite *à non domino*, et où par conséquent il y a nullité absolue, la ratification ne produit pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui veulent exercer le retrait. Ils sont admis à le demander dans l'année de la ratification (1).

Au contraire, lorsque la nullité est relative, comme dans le second cas, la ratification produit un effet rétroactif au préjudice des tiers. Ce n'est pas du jour de la ratification que le retrayant doit calculer le délai du retrait, mais du jour de la vente originaire. On ne peut rien trouver de mieux marqué que cette différence, et rien de plus applicable à la question que j'examine.

498. Il est étonnant que M. Grenier, qui a cherché à l'approfondir, n'ait pas saisi cette nuance (2); en effet, on voit que les anciens docteurs, en enseignant la règle fondée sur la raison (3), que la ratification ne produit

(1) C'est aussi ce que prouve Tiraqueau, par la raison qu'en ce cas la ratification ne produit pas d'effet rétroactif, § 1, glose x, nos 66 et suiv.

(2) Elle n'a échappé ni à M. Merlin, Q. de Droit, Hypoth., p. 413, ni à M. Toullier, t. 7, n° 563, p. 666.

(3) Ils avaient aussi voulu l'étayer des lois romaines; car, à cette époque, on voulait tout rattacher à des textes. Mais les lois

pas d'effet rétroactif *au regard des tiers*, ne l'ont jamais appliquée qu'aux actes nuls d'une nullité absolue, ou faits *à non domino*. C'est ainsi que Bartole, qu'on ne cesse de citer, et qui dit que « *actus medius interveniens* » *impedit ratihabitionem retrotrahi*, » ne s'appuie de ce principe que pour décider la question de savoir si la ratification donnée par un propriétaire à une vente *faite sans son autorisation*, produit un effet rétroactif à l'égard des tiers. C'est aussi ce cas que la glose envisage, ainsi que la plupart des auteurs. Tiraqueau, qui développe longuement la règle de non-rétroactivité à l'égard des tiers, et Maynard, ne la considèrent non plus que dans l'hypothèse où la vente ratifiée avait été faite *à non domino*, cas qui est le même que celui dont parle Pothier dans le passage cité tout à l'heure. Il ne faut donc pas étendre au cas d'une nullité relative ce qui n'a été créé que pour les nullités absolues. Car c'est seulement à l'égard de celles-ci que l'on peut dire que la rétroactivité est *une fiction*, et que la fiction ne peut nuire aux tiers (1). Mais à l'égard des nullités relatives, il n'y a pas réellement *fiction*. On ne peut pas dire que l'acte n'existait pas avant la ratification, puisqu'il obligeait déjà l'une des parties par un lien indissoluble.

499. Objectera-t-on l'art. 1338, qui, en parlant de la ratification des actes nuls ou sujets à rescision, dit qu'il ne sera plus possible de les attaquer, *sans préjudice néanmoins des droits des tiers?*

Mais, en réservant les droits des tiers, cet article n'a nullement voulu dire que la ratification ne dût jamais

qu'ils citaient (*Si partem*, § dernier, *Quemad. servit. amitt.*, l. 1, § *Si quis filium* 7, D., *Si tab. tut. nullæ ext.* l. XI. § 1, D, *Qui potior in pig.*) ne paraissent guère faites pour justifier leur sentiment.

(1) Par exemple, la légitimation, qui n'est qu'une fiction, ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Tiraqueau, *De ret. gent.*, § 1, glose x, n° 71. Arrêt de la Cour de cassat. du 11 mars 1811 (Dall., 11, 1, 175).

produire d'effet rétroactif à l'égard des tiers. J'ai dit que, dans le cas de nullité absolue, la ratification ne produisait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Eh bien! c'est ce droit des tiers que l'art. 1338 a cru devoir réserver, afin, dit M. Toullier (1), qu'on n'abusât pas de l'omission de cette réserve dans un article dont la disposition est générale. Que prouve donc cette objection, qui cependant paraît si décisive à M. Dalloz, puisque nous convenons qu'il y a des cas où les tiers ne peuvent pas être préjudiciés par la ratification?

M. Grenier étaye sa doctrine d'un arrêt de la cour de Nancy, du 1er mai 1812 (2). Mais cet arrêt paraît avoir été déterminé par une opinion que M. Merlin avait enseignée dans la première édition de ses Questions de Droit, et qu'il a ensuite abandonnée (3).

500. Tout ce que je viens de dire des mineurs s'applique aux prodigues qui ratifient, lorsqu'ils ont recouvré la plénitude de leurs droits, les hypothèques consenties par eux, à l'époque où ils étaient pourvus d'un curateur, et c'est ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 14 prairial an x (4).

501. A l'égard des femmes mariées qui s'obligent sans

(1) T. 7, n° 570, p. 684.

(2) Dalloz. Hyp., p. 192.

(3) Il ne faut pas regarder comme contraire à mon opinion l'arrêt de cassation du 16 janvier 1838, cité n° 492, *in fine*.

Dans l'espèce de cet arrêt, le majeur n'avait ratifié la vente par lui faite pendant la minorité qu'après avoir, depuis sa majorité, consenti à un tiers une seconde vente du même immeuble.

Le vendeur n'ayant plus aucun droit sur l'objet vendu du moment où il en avait transmis régulièrement la propriété à un tiers, ne pouvait, au moyen d'une ratification, attribuer au premier acquéreur un droit qu'il n'avait plus lui-même.

V. encore sur la question, les arrêts de Paris du 23 juillet 1838 (Sirey, 39, 2, 5) et de Douai, 18 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 289). *Junge* Paris, 15 décembre 1830 (Sirey, 31, 2, 83), et Cassation, 5 août 1839 (Sirey, 39, 1, 753).

(4) Sirey, 2, 2, 293. Dalloz, Hyp., p. 191, note.

l'autorisation de leurs maris, et qui, étant veuves, ratifient ces obligations, il faut se décider par les mêmes règles que pour les mineurs.

A la vérité, dans l'ancienne jurisprudence française, les contrats passés par la femme sans autorisation étaient censés nuls d'une nullité absolue, et la femme ne pouvait s'obliger *seule ni obliger les autres*. De sorte que la plupart des auteurs tenaient que la ratification donnée par la femme n'avait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (1).

Mais comme, d'après les principes du Code Napoléon, la nullité d'un acte passé par une femme mariée, sans autorisation maritale, est purement relative (art. 225 du Code Napoléon), il s'ensuit que l'on ne peut se dispenser d'assimiler les femmes mariées aux mineurs, pour les effets de leurs ratifications (2). M. Grenier professe à tort une opinion contraire (3).

502. J'ai dit ci-dessus que le laps de dix ans, écoulé sans que le mineur se fût pourvu par la voie de nullité contre l'obligation souscrite par lui sans autorisation, purge le vice de cette obligation, qui est censée avoir été valable *ab initio*. On a vu que telle était la décision formelle de la loi 3, au *C. Si minor factus ratam*, et jamais à ma connaissance il n'était venu dans la pensée d'aucun auteur de la contrarier (4).

Mais MM. Battur et Grenier (5) ont eu l'idée de soutenir que l'hypothèque attachée au contrat ainsi purgé et validé, ne doit pas valoir *ab initio*, et qu'elle ne peut commencer à compter que du jour où la prescrip-

(1) Pothier, Orléans, tit. 10, ch. 8; Oblig., n° 50; Retraits, n° 125.

(2) Toullier, t. 7, n° 571. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 418, col. 2, n° 5.

(3) T. 1, n° 43.

(4) Basnage, Hyp., ch. 3. Arrêt de Rouen, 20 août 1689. Merlin, *loc. cit.* Persil, art. 2126, n° 4.

(5) Battur, t. 1, p. 128. Grenier, t. 1, p. 91, n° 47.

tion de dix ans est terminée ; qu'il faut par conséquent lui préférer toutes les hypothèques intermédiaires contractées d'une manière valable.

Je crois qu'il est inutile, après la discussion qui précède, de réfuter cette opinion. On sait d'ailleurs que la prescription accomplie produit toujours un effet rétroactif (1).

Article 2127.

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé, en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

SOMMAIRE.

503. L'hypothèque pouvait, chez les Romains, être consentie verbalement. L'écriture n'y était requise que pour la preuve. Mais une hypothèque par acte public l'emportait toujours sur une hypothèque par acte privé.

504. En France, l'hypothèque résultait dans l'ancienne législation de tout acte authentique. Elle était toujours générale de plein droit.

505. Aujourd'hui, l'hypothèque conventionnelle est spéciale. Il faut qu'elle soit expressément stipulée dans un acte notarié.

505 *bis*. *Quid* des actes administratifs publics ? Peuvent-ils contenir stipulation d'hypothèque ?

506. L'acte sous seing privé ne produit hypothèque que lorsqu'il est reconnu. Il peut être reconnu devant notaire. Le simple dépôt suivi de procès-verbal suffit.

507. Du sort de l'hypothèque contenue dans un acte public, *mais non enregistré*.

508. Les actes qui liquident une créance indéterminée déjà inscrite ne doivent pas être publics.

509. Ainsi le mandataire qui a pris inscription sur les biens du

(3) V. mon Commentaire de la *Prescription*, t. 1 et 2, nos 489 et 826.

mandant pour payement de ses honoraires, déboursés et avances, n'est pas tenu à prouver ses actes de gestion par des actes publics.

510. On peut constituer hypothèque par procureur. Mais le procureur est-il obligé de montrer une procuration authentique pour que les biens de son mandant soient valablement hypothéqués? Conflit d'opinions. La négative est préférable.

COMMENTAIRE.

503. Caïus nous apprend que, chez les Romains, l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'était employée que pour la preuve. « Et ideò et » sine scripturâ si convenit ut hypotheca sit, et probari » poterit, res obligata erit de quâ conveniunt. Fiunt enim » de his scripturæ, ut quod actum est per eas faciliùs » probari possit. Et sine his autem valet quod actum est, » si habeat probationem (1). »

Néanmoins, on sent qu'entre créanciers du même débiteur, il eût été difficile d'établir quel était celui qui avait pour lui l'antériorité, s'il n'y eût eu que des obligations verbales. Aussi les lois disaient-elles que l'on préférait le créancier qui aurait un titre passé devant les officiers publics, à celui qui n'en aurait pas, bien que son droit pût être antérieur. Il était aussi préféré à celui qui n'avait qu'un titre sous seing privé d'une date antérieure; car un titre privé ne peut avoir de date certaine ni d'effet contre les tiers qui n'y ont pas été parties. Cependant on assimilait à un écrit authentique l'acte sous seing privé souscrit par trois personnes *integræ opinionis* (2).

M. Grenier (3) paraît croire que depuis la loi 11, au C. *Qui potior*, ce fut *une nécessité* d'établir l'hypothèque par

(1) L. 4, Dig., *De pignorib. et hyp.* Pothier, Pand., t. 1, p. 557, n° 6.

(2) L. 11, C. *Qui potior*. Tiraqueau, *Retract. convent.*, § 1, glose 7, n° 43. Voët, *De pignorib.* n° 9, Cujas, 8, obs. 13.

(3) T. 1, n° 6.

acte public. Ceci me semble une erreur. L'hypothèque valait toujours entre le créancier et le débiteur, quand même elle eût été consentie sans solennité. Seulement comme de pareilles conventions ne pouvaient être opposées aux tiers, il fut établi que celui qui avait un acte authentique primerait celui qui n'avait qu'un acte privé. Voët expose cet état de choses avec clarté. « Modum quod » attinet ad solemnitatem hypothecæ tùm specialis tùm » generalis constituendæ, jure quidem romano, *privatâ* » *potuisse auctoritate* fieri extrà dubium est; ut tamen » jure potior fuerit habitus creditor, licèt tempore poste- » rior, cui publico instrumento, vel privato quidem, sed » trium testium fide dignorum subscriptione munito, » quàm cui aliâ privatâ scripturâ, testium trium sub- » scriptionem non habente, hypotheca constituta erat (1). » M. Dalloz est tombé dans la même erreur que M. Grenier (2).

Au surplus, il fallait que l'acte authentique, ou bien l'acte privé souscrit de trois témoins, dont on voulait se prévaloir pour prétendre une hypothèque, en portât une convention expresse; mais il ne fallait pas que la convention d'hypothèque fût accompagnée du dessaisissement de la chose hypothéquée, l'hypothèque ne différant du gage que parce que, dans le contrat de gage, le débiteur livrait la chose, au lieu que dans le contrat d'hypothèque il restait en possession (3).

504. En France, sauf quelques exceptions (4), l'hypothèque était censée attachée, de droit, à tout acte authentique; on supposait que les parties en avaient sous-entendu la stipulation, alors qu'elles ne s'en étaient pas expliquées. Cet état de choses paraissait monstrueux au président Favre (5). En effet, ce jurisconsulte ne pouvait

(1) L. 20, t. 1, n° 9.
(2) V° Hyp., p. 194.
(3) *Suprà*, n° 7.
(4) *Infrà*, n° 558.
(5) *De errorib. pragmat. decad.* 1.

se persuader qu'une hypothèque *conventionnelle* pût exister *sans convention*. Mais nos praticiens, appliquant, sans trop la comprendre, la maxime *qui s'oblige oblige le sien*, n'en avaient pas moins fait passer en usage que l'hypothèque était censée avoir été consentie, même dans les contrats où il n'en était pas question, pourvu qu'ils fussent authentiques (1).

Le droit commun de la France était donc que l'hypothèque ne pouvait découler que des actes publics, et je dois remarquer que les actes sous seing privé, quoique revêtus de la signature de plusieurs témoins, ne pouvaient jamais rivaliser avec eux, à moins qu'ils n'eussent été reconnus en justice ou par-devant notaires (2).

505. Le Code Napoléon n'a pas voulu que l'hypothèque conventionnelle fût sous-entendue de plein droit dans tous les actes authentiques. Ce système eût été contraire au principe de spécialité qui fait la base du régime hypothécaire actuel. Comme il est indispensable de désigner les héritages qui seront frappés de l'hypothèque, il s'ensuit que la stipulation d'hypothèque doit toujours être exprimée; ainsi, il y a nécessité d'une convention explicite.

Il faut, de plus, que la convention par laquelle le débiteur accorde une hypothèque à son créancier, soit contenue dans un acte notarié (3), c'est-à-dire, aux termes de la loi du 25 ventôse an XI, dans un acte reçu par deux notaires, ou bien par un notaire et deux témoins. Je renvoie pour les formalités des actes publics à la loi du

(1) Maynard, liv. 3, ch. 2. Basnage, Hyp., ch. 4. Pothier, Orléans, tit. 20, n° 6.

(2) *Infrà*, n° 586.

(3) V. Cassation, 27 août 1844 (Sirey, 44, 1, 740).—Néanmoins, la promesse de consentir une hypothèque, faite par acte sous seing privé, est valable et donne une action tendante à obliger celui qui a fait une telle promesse à la réaliser. Pau, 16 juillet 1852 (Sirey, 52, 2, 417).

25 ventôse an XI sur le notariat, et à l'avis du conseil d'Etat du 20 juillet 1810 (1).

505 *bis*. Un acte authentique, mais qui ne serait pas notarié, par exemple un procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, serait insuffisant pour constituer une hypothèque valable (art. 54, Code de procédure civile).

Quid des actes passés par les autorités administratives dans le cercle de leurs attributions?

La loi du 23 octobre 1790 (2) portait : « Le ministère » des notaires ne sera nullement nécessaire pour la pas- » sation desdits baux (3) ni pour tous les actes d'admi- » nistration. *Ces actes*, ainsi que les baux, seront sujets » au contrôle, et *ils emporteront hypothèque et exécution* » *forcée.* »

Cette loi se référait au principe qui dominait alors et en vertu duquel l'hypothèque générale était attachée de droit et sans convention, à tout acte authentique. Elle n'entendait pas créer une hypothèque légale d'une nouvelle espèce. C'était à titre d'hypothèque conventionnelle sous-entendue, qu'elle faisait sortir de l'acte administratif doué de l'authenticité, la garantie hypothécaire que tous les contrats notariés portaient avec eux. Mais on sait que la loi du 11 brumaire an VII adopta un autre système, celui de l'hypothèque spéciale, et que nul acte authentique ne peut produire à l'avenir hypothèque conventionnelle, qu'autant que cela aurait été expressément convenu.

La loi du 11 brumaire an VII avait été plus loin. Elle avait voulu, dans son art. 3, que l'hypothèque conventionnelle résultât d'*un acte notarié*. Notre article exige la même condition. De là, la question de savoir si les actes administratifs ont pu désormais contenir stipulation d'hypothèque, et même si de plein droit ils ont continué,

(1) Répert., Acte public.
(2) Art. 14, t. 2.
(3) C'est-à-dire des baux relatifs aux biens nationaux.

malgré l'établissement de la spécialité du régime hypothécaire, à entraîner une hypothèque générale conventionnelle.

Examinons d'abord cette difficulté par rapport aux baux, et commençons par les baux passés par les administrateurs des établissements publics de bienfaisance et autres.

On sait que les corps, communautés et établissements publics, tant ecclésiastiques que laïques, conservés par les lois de la révolution, pouvaient consentir des baux n'excédant pas neuf années, et que ces baux pouvaient être passés aux enchères en présence d'un membre du corps municipal (1). Plus tard, ces formalités furent changées, et le décret du 12 août 1807 voulut que les baux à ferme des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique fussent faits aux enchères, *par-devant un notaire* désigné par le préfet du département. L'art. 1 ajoute, dans son paragraphe final: « Le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y » sera stipulé par la désignation, conformément au Code » Napoléon. » Mais quel était, avant la publication de ce décret, l'effet hypothécaire des baux aux enchères passés en présence de l'autorité administrative? Emportaient-ils, dans l'origine, hypothèque générale, comme les contrats notariés? Dans le cas d'affirmative, la loi de brumaire an VII, et plus tard le Code Napoléon, ne leur avaient-ils pas enlevé cette vertu comme à tous les contrats? Ne fallait-il pas que la convention d'hypothèque fût faite par-devant notaire? Du moins, les baux administratifs ne durent-ils pas contenir mention d'une affectation hypothécaire spéciale en harmonie avec le régime de l'an VII et du Code Napoléon?

La première de ces questions me paraît peu susceptible de difficulté. La loi du 23 octobre 1790, qui sou-

(1) Répert., v° Bail, § 18. Lois des 5 novembre 1790, t. 2, article 13, et 5 février 1791.

mettait les actes administratifs au contrôle, et leur donnait hypothèque et exécution parée, y répond d'une manière catégorique. Mais ce qui est plus frappant encore de vérité, c'est que la loi du 11 brumaire an VII, substituant l'hypothèque spéciale conventionnelle à l'hypothèque générale de plein droit, a nécessairement ôté aux actes administratifs dont nous nous occupons toute la puissance d'hypothèque virtuelle et générale que leur donnait la loi de 1790. Assimilés en tout aux actes notariés par cette dernière loi, par quelle anomalie eussent-ils conservé une force hypothécaire que la législation nouvelle enlevait à ceux-ci?

L'art. 56 de la loi de brumaire an VII ne portait-il pas d'ailleurs cette disposition remarquable : « Les deux lois » du 9 messidor an III, ensemble *toutes les lois, coutumes* » *et usages antérieurs sur les* CONSTITUTIONS *d'hypothèque* » demeurent abrogés. »

Vainement opposerait-on un avis du conseil d'Etat rendu le 13 août 1807 (le même jour que le décret qui exige le ministère des notaires pour la passation des baux des établissements publics), avis dans lequel on lit : « que les baux précédemment passés aux enchères, soit » devant les autorités administratives, soit devant les » commissions des hospices, étant faits en vertu des lois » existantes, emportent voie parée et *donnent hypothèque* » *sur les immeubles* (1). Mais il faut faire attention que le conseil d'Etat suppose évidemment que les baux en question contiennent une convention expresse d'hypothèque. C'est ce qui résulte de la conclusion à laquelle il arrive. « *En conséquence, toutes les inscriptions* faites en vertu » des expéditions desdits baux doivent avoir leur effet, » *comme si ces actes eussent été faits par-devant notaire.* » Il suit de cette assimilation du bail administratif à l'acte notarié, que le conseil d'Etat reconnaît implicitement la

(1) Voyez-le dans M. Grenier, t. 1, n° 11, et dans M. Dalloz, Hyp., p. 195.

modification apportée à la loi du 23 octobre 1790 par la loi du 11 brumaire an VII. C'est, du reste, ce qui a été décidé par arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 1817 (1), et par un arrêt de la cour de Bruxelles du 27 août 1807 (2). Je m'étonne qu'une décision contraire ait été rendue par la cour de Paris (3).

Reste à savoir si la stipulation d'hypothèque a pu être légalement formée par une convention contenue dans des baux passés dans la forme administrative autorisée et seule pratiquée avant le décret du 12 août 1807. Le doute vient de ce que la loi du 11 brumaire an VII voulait que l'hypothèque conventionnelle résultât d'un acte notarié, et que l'art. 2127 du Code Napoléon, plus explicite encore, n'accorde restrictivement la puissance hypothécaire qu'à l'acte notarié. La Cour de cassation n'a pas voulu trancher la difficulté lors de son arrêt du 3 juillet 1817. Mais on a vu que le conseil d'Etat n'hésitait pas à décider que l'on avait pu déposer une convention valable d'hypothèque dans l'acte de bail légalement passé dans les formes administratives et sans ministère de notaire (4).

Comment concilier cependant cette interprétation avec la loi de l'an VII, et surtout avec l'art. 2127 du Code Napoléon, qui, statuant en termes prohibitifs, ne se con-

(1) Dalloz, Hyp. p. 169.
(2) Sirey, 7, 2, 342.
(3) Arrêt du 6 messidor an X (Sirey, 3, 2, 463. Dalloz, Hyp., p. 196).
(4) Décision conforme du ministre de la justice, en date du 27 messidor an 7 (Sirey, VII, 2, 342). Il disait : « Il aurait été sans » doute à désirer que la loi du 11 brumaire an VII se fût expliquée » positivement sur ce point, au lieu de ne faire mention que des » créances résultant d'actes notariés. Mais il est *évidemment dans* » *le vœu de la loi de ne point refuser à des actes passés par des* » *corps administratifs pour des objets de leur compétence toute l'au-* » *thenticité et la force qu'elle reconnaît à ceux des notaires et des* » *tribunaux.* » Mais le ministre de la justice aurait-il pu en dire autant du Code Napoléon, dont l'art. 2127 est tout à fait exclusif, et parle bien plus énergiquement que la loi de l'an VII ?

tente pas d'un acte authentique, mais exige impérieusement que l'authenticité vienne du ministère du notaire? La difficulté d'opérer cette conciliation redouble surtout si l'on compare l'affectation de ces deux lois à ne parler que des actes notariés, avec l'art. 17 de la loi du 9 messidor an III, qui permettait de faire découler l'hypothèque de tout *acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse!* Et comme ce dernier système a été abrogé en termes exprès par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an VII, il me paraît évident dès lors qu'il a été dans la pensée des lois nouvelles d'enlever aux autorités administratives le droit de recevoir des conventions d'hypothèque. Le décret du 12 août 1807 a même reconnu d'une manière implicite ce grave changement, puisqu'il renvoie aux notaires la réception des baux et les stipulations hypothécaires qu'il peut être utile d'y insérer. Or, quelle autorité peut avoir contre cette induction, fortifiée par la lettre du Code, un avis du conseil d'Etat qui n'a pas été inséré au Bulletin des Lois?

Ira-t-on chercher un argument dans l'art. 1712 du Code Napoléon, qui décide que les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers? Mais qu'importe cet article? Qui songe à contester ses réserves? Quelle influence peuvent-elles avoir sur la constitution d'hypothèque, droit spécial réglé par un titre du Code Napoléon tout différent du titre du bail? Que les baux énumérés dans l'art. 1712 se singularisent par des anomalies, nous l'accordons! Mais est-ce à dire que les constitutions d'hypothèque qui intéressent les communes, la nation, les hospices, soient hors du droit commun? Ne serait-ce pas fausser les lois du raisonnement que d'argumenter du cas du bail au cas d'hypothèque? Au surplus, faisons attention que lorsque l'art. 1712 du Code Napoléon a été édicté, la loi du 11 brumaire an VII avait déjà opéré une révolution et produit tous ses effets, et qu'il n'est pas présumable que l'art. 1712 ait voulu faire

allusion à un ordre de choses ruiné. Enfin, pour que l'article 2127 et la loi de l'an VII pussent se plier au sens que leur a prêté l'avis non officiel du conseil d'Etat, il faudrait qu'ils continssent cette restriction significative qu'on lit dans l'art. 1248 du Code hollandais. « L'hypothèque » ne peut être consentie que par acte notarié, *excepté* » *dans les cas où la loi indiquera expressément un autre* » *mode de l'établir* (1). » Mais où trouver, dans nos lois françaises, une disposition équivalente à celle-ci (2) ?

Ce que je viens de dire des baux des établissements publics s'applique aux baux des biens domaniaux dont la forme est réglée par l'art. 14 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790. Plus d'hypothèque générale attachée de plein droit aux baux passés par l'administration pour ces sortes de biens : la spécialité s'y oppose. Plus de possibilité de stipuler une hypothèque conventionnelle dans des baux administratifs : l'art. 2127 y met obstacle par ses dispositions restrictives. Le ministère des notaires est désormais nécessaire pour ajouter l'hypothèque à un contrat de bail résultant d'un acte de l'administration.

Ces actes ne sont pas les seuls que l'administration a le droit de faire, et qui, quoique authentiques, sont cependant impuissants pour donner à une convention hypothécaire un caractère de validité. Par exemple, un décret du 20 mai 1811 (3) décide qu'un acte de remplacement fait par un préfet, dans lequel un sieur Boursier s'était engagé à payer au sieur Roulot une somme de 4,400 fr., pour sûreté de laquelle Boursier avait hypothéqué une maison sise à Paris, ne donnait à Roulot aucun droit hypothécaire ; que, pour acquérir hypothèque conventionnelle, ce dernier aurait dû faire passer l'acte dont il s'agit devant notaire. Je ne sais si ce décret est

(1) *Revue étrangère*, t. 1, p. 648.

(2) Je reviens sur ce point dans mon Commentaire du *Louage*, n° 72, où je combats l'opinion contraire de M. Duranton, t. 17, n° 41.

(3) Bulletin des Lois, t. 7, 4e série, p. 2.

dû à une des lueurs passagères de légalité qui, quelquefois, portaient Napoléon à comprimer la tendance envahissante de son administration. Quoi qu'il en soit, cet acte demeure; il nous appartient, et nous y voyons la preuve de tout ce qu'il faut rabattre de cet art. 44 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790, qui voulait que *les actes administratifs* eussent la même puissance que les actes notariés.

Reste l'examen d'une dernière question : c'est celle qui consiste à savoir si les marchés passés par les autorités administratives avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs, produisent hypothèque sur les biens de ceux-ci. Voyons, avant tout, le texte de la loi qui sert de base aux prétentions de l'administration pour échapper à l'art. 2127 du Code Napoléon. La loi du 4-9 mars 1793 est ainsi concue : « Art. 3. Quoique les marchés » (avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et four- » nisseurs) soient passés par des actes sous signatures » privées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les » immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cau- » tionnements, à compter du jour où les ministres auront » accepté les marchés. » Ainsi, d'après cette disposition, l'Etat avait une hypothèque générale de plein droit par la force de l'acceptation ministérielle qui donnait au marché son authenticité : c'était la reproduction du système déjà consacré par l'art. 14 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790. Dès lors il semble que la loi du 11 brumaire an VII et le Code Napoléon aient dû l'entraîner dans le même néant que celui-ci. Néanmoins la cour de Paris a cru pouvoir décider, par arrêt du 29 mars 1830 (1), que l'adjudication de travaux de construction, passée par le préfet du Bas-Rhin à un sieur Duplan, emportait *privilége ou simple hypothèque non déterminée*, et que le Code Napoléon, loin d'ébranler la loi du 4-9 mars 1793, en avait au contraire confirmé les dispositions par son art. 2098.

(1) Sirey, 30, 2, 230.

Mais je crois qu'il est difficile de trouver un arrêt où les vrais principes de la matière soient plus ouvertement méconnus. On demande à la cour impériale de Paris si l'hypothèque dont parle la loi de 1793 a été abolie par les lois subséquentes, et elle va chercher sa réponse dans l'art. 2098, qui n'est relatif qu'aux *priviléges*, qui ne réserve les droits du Trésor que pour *les priviléges*. C'est la première fois peut-être qu'il est arrivé de confondre deux droits aussi distincts que l'hypothèque et le privilége. Et où donc la cour impériale de Paris a-t-elle vu que la loi de 1793 parle de privilége? Depuis quand est-il permis de mettre sur la même ligne et d'unir comme équipollents *un privilége et une simple hypothèque non déterminée ?*

Le privilége écarté, et en se renfermant dans le cercle d'une simple hypothèque, voici, si je ne me trompe, ce que la cour impériale de Paris aurait dû voir. De deux choses l'une : ou la loi de 1793 a voulu donner à l'Etat une hypothèque légale sur les biens des fournisseurs, ou elle n'a entendu qu'attribuer à l'acceptation ministérielle les effets hypothécaires que tous les actes authentiques produisaient alors. Dans le premier cas, sa disposition est abolie par l'art. 2121 du Code Napoléon, qui ne donne d'hypothèque légale à l'Etat que sur les biens des comptables (1). Dans le second cas, qui est le plus probable, la spécialité a anéanti les hypothèques non déterminées attachées de plein droit par l'ancienne jurisprudence à toutes les conventions authentiques.

Mais que devrait-on décider si le marché passé par le préfet contenait une stipulation d'hypothèque spéciale? La Cour de cassation a décidé, par arrêt du 12 janvier 1835 (2), portant cassation d'un arrêt de Pau du 6 juin 1832 (3), qu'une telle constitution d'hypothèque

(1) *Suprà*, n° 430.
(2) Sirey, 35, 1, 13.
(3) Sirey, 32, 2, 572. Dall., 33, 2, 95.

est valable. Il s'agissait dans l'espèce d'une adjudication, faite en la forme administrative, des travaux à faire au lazaret de Bayonne. L'adjudicataire, par acte sous seing privé passé avec le préfet, avait déclaré hypothéquer différents immeubles pour garantie de l'exécution de ses obligations. L'arrêt de la Cour de cassation est ainsi conçu: « Vu l'art. 14 de la loi du 28 novembre 1790, les art. 1 » et 3 de la loi du 4 mars 1793, et les art. 2127, 2132 du » Code Napoléon ;

« Attendu que de la combinaison des lois ci-dessus vi» sées, il résulte que le ministère des notaires n'est point » nécessaire pour les marchés passés avec l'administra» tion, et que les actes administratifs contenant les stipu» lations relatives auxdits marchés portent hypothèque;

« Attendu que, dans l'espèce, il s'agit de la validité » d'une inscription prise par le préfet du département » des Basses-Pyrénées, au sujet de l'adjudication faite au » sieur Romain Lagarde, pour la construction d'un laza» ret maritime à Bayonne, suivant sa soumission accep» tée par le conseil de préfecture de ce département; » qu'ainsi sous ce premier rapport, quoique l'acte ne » soit pas notarié, *il est hors de doute que l'inscription est* » *valable;*.... CASSE. »

Cet arrêt a d'abord un grand défaut, c'est qu'il répond aux arguments serrés et pressants de l'arrêt de la cour de Pau par une pétition de principe. La Cour de cassation a beau dire, pour colorer probablement l'exiguïté de ses motifs, que l'opinion qu'elle consacre *est hors de doute.* C'est là une assertion, et non pas une excuse ; car la question est vivement controversée, comme le prouve l'arrêt de la cour impériale; et d'ailleurs la Cour de cassation, qui ne doit sa haute considération qu'à ses hautes lumières, sait mieux que personne que, dans notre siècle, l'autorité ne se conquiert que par la raison, et que la raison, toute puissante qu'elle est, doit se donner la peine de prouver ce qu'elle avance, sous peine de trouver des incrédules.

La Cour de cassation se borne donc à affirmer que le ministère des notaires n'est pas nécessaire pour les marchés passés avec l'administration ; et, ce qui me paraît fort, elle asseoit cette proposition sur la conciliation de la loi de 1790 avec l'art. 2127 du Code Napoléon. Mais ce qu'elle appelle une *combinaison* de ces deux lois n'est autre chose qu'un pêle-mêle des dispositions les plus hétérogènes, et un démenti donné à l'art. 2127. Comment donc! cet art. 2127 décide que l'hypothèque conventionnelle *ne peut être consentie* QUE par un acte notarié, et l'on prétendra faire valoir à sa face des hypothèques consenties par acte non notarié! On maintiendra sans modification la loi de 1790, et l'on ne conviendra pas qu'au moins, en ce qui concerne les stipulations d'hypothèque, les marchés passés par l'Etat avec ses entrepreneurs et fournisseurs doivent être notariés! On ne voudra tenir nul compte ni du langage restrictif du Code Napoléon, seule loi complète et vivante sur la constitution de l'hypothèque, ni de l'art. 2115, qui n'admet l'hypothèque que lorsqu'elle se présente avec les formes voulues par la loi! Il faudra laisser inaperçues ces paroles énergiquement prohibitives de l'art. 2127, lorsqu'on sait cependant qu'à l'époque où elles ont été formulées, la question actuelle était déjà pendante, et que les ministres prétendaient que la loi du 11 brumaire an VII était trop vague pour la faire décider contre l'administration! Eh bien! je le demande, y a-t-il de l'amphibologie dans l'art. 2127? Parle-t-il d'une manière énonciative des actes notariés comme l'art. 2 de la loi de brumaire an VII? Pourquoi sa pensée est-elle exprimée d'une manière plus sévère? Y avait-il des actes non notariés autres que ceux de l'administration qui prétendissent à l'hypothèque? N'est-il pas certain que les contrats administratifs étaient les seuls à vouloir rivaliser avec les actes notariés? Dès lors, n'est-il pas clair qu'en se renfermant dans une formule absolue et exclusive, l'article 2127 a voulu précisément et hautement condamner l'opinion de l'administration et mener à l'unité la constitution de l'hypothèque?

Telle est mon opinion. J'y persiste, non par une obstination mesquine, mais parce que les raisons qui entraînent ma conviction ne sont pas même effleurées par la décision de la Cour de cassation. Je ne change pas au gré d'un arrêt, surtout lorsque cet arrêt est vide de motifs.

506. Quant aux actes sous seing privé qui concèdent hypothèque, ils sont destitués d'effet. Ils ne peuvent servir de base à une inscription, qu'autant qu'ils ont été reconnus en jugement. Mais alors l'hypothèque qui les accompagne est plutôt une hypothèque judiciaire (1) qu'une hypothèque conventionnelle.

On demande si, lorsque la reconnaissance de l'acte sous seing privé se fait par-devant notaire, lorsque, par exemple, les parties déposent chez un notaire l'acte sous seing privé, et qu'il en est dressé procès-verbal, cet acte sous seing privé devient authentique, et peut produire hypothèque.

L'affirmative n'est pas douteuse. Voici, en effet, ce qu'on lit dans la discussion qu'a subi au conseil d'Etat l'art. 2127 (2).

« M. Duchâtel demande qu'on attribue à la reconnaissance de la signature, lorsqu'elle est faite devant » notaires, la même force que lorsqu'elle est faite en » jugement.

» M. Berlier dit qu'il n'y a point de motif pour admettre cet amendement. En effet, s'il s'agit d'un titre » sous seing privé, dont la reconnaissance ait été poursuivie en justice, l'art. 2123 y pourvoit. L'hypothèque » en ce cas devient judiciaire. Si, au contraire, il s'agit » d'un titre sous seing privé, que toutes les parties intéressées aient porté à un notaire pour lui donner la » forme authentique par la transcription, *l'annexe*, ou » une nouvelle rédaction, l'article en discussion suffit. » Car l'acte notarié donne ouverture à l'hypothèque, et

(1) *Suprà*, n° 443.
(2) Procès-verbal de la séance du 5 ventôse an XII.

» dès ce moment elle peut être acquise, en observant les
» formalités prescrites par la loi.

» M. Treilhard dit que les actes sous seing privé deviennent des actes devant notaires, pourvu que la reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre qui elle fait preuve. S'ils n'étaient déposés que par l'une des parties, *à moins què ce ne fût le débiteur*, la reconnaissance ne serait pas complète.

» L'article est adopté. »

C'est en effet ce qui avait lieu dans l'ancienne jurisprudence. On y regardait comme authentiques les actes sous seing privé *reconnus* devant notaires par *le débiteur*. Ils produisaient hypothèque du jour de la reconnaissance (1). On doit dire la même chose du cas où l'acte a été, non pas reconnu, mais déposé chez un notaire du consentement des parties. Il y a alors reconnaissance implicite. Cette vérité si palpable a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation (2) du 11 juillet 1815. M. Merlin en rapporte l'espèce (3) et en approuve la décision. M. Grenier l'adopte également (4), et je ne puis concevoir que quelques auteurs (5) y aient trouvé des difficultés. La question s'est présentée à la cour de Caen dans une espèce où le dépôt avait été fait chez un notaire *par le créancier seul*, mais par suite d'une clause de l'acte sous seing privé portant : « Pour le reconnaître et » déposer devant notaires et le faire revêtir des formalités voulues par la loi, les parties se donnent réciproquement pouvoir, *en présence comme absence*, sans qu'il » soit besoin d'intimation. » Ainsi le créancier avait été le mandataire du débiteur pour opérer ce dépôt. Par arrêt du 22 juin 1824 (6), la cour de Caen décida que le

(1) Basnage, Hyp., ch. 12. Pothier, Orléans, t. 20, n° 13.
(2) Dalloz, Hyp., p. 200.
(3) Répert., t. 16. Hyp., p. 404.
(4) T. 1, nos 67, 68.
(5) M. Paillet, sur l'art. 2127. M. Delvincourt, t, 3, p. 159.
(6) Dalloz, 25, 2, 112. — V. encore Cassation, 15 février 1832 (Sirey, 32, 1, 792).

dépôt était valable et que l'acte était authentique et suffisant pour donner existence à l'hypothèque. Les motifs de cet arrêt sont péremptoires, et, quoi qu'en dise M. Dalloz (1), la décision me paraît devoir être approuvée.

507. Quel serait le sort d'une hypothèque consentie dans un acte notarié, mais non enregistré dans les délais ?

Cette question divise les auteurs.

MM. Merlin (2) et Grenier (3) sont d'avis que l'acte notarié, qui n'est pas enregistré dans les délais, ne peut valoir que comme acte sous seing privé, et qu'il n'a fixité de date et ne produit hypothèque qu'à compter du jour de l'enregistrement.

Ils se fondent sur l'art. 9 de la loi du 5 décembre 1790, relative à l'organisation de l'enregistrement; cet article est ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans » les délais fixés, un acte passé devant notaires *ne* » *pourra valoir que comme acte sous seing privé*. L'acte, » ayant reçu la formalité omise, acquerra la fixité de la » date et l'hypothèque, à compter du jour de l'enregis- » trement. »

Ce qui était conforme à l'édit du mois de mars 1693, qui (dit son préambule) avait organisé le contrôle, pour *constater la date des actes* et leur *donner plus de force et d'authenticité* (4). Néanmoins il faut dire que, sous l'empire de cet édit, plusieurs auteurs voulaient que le contrôle, en quelque temps qu'il fût fait, produisît effet rétroactif, et que l'hypothèque remontât au jour de l'acte (5).

Mais l'opinion de MM. Merlin et Grenier est combattue

(1) Hyp., p. 194, n° 6.
(2) Rép., Enreg., § 4, et t. 16, Hyp., p. 406.
(3) Hyp., t. 1, n° 17.
(4) Dalloz, Enregist., p. 1, n° 1.
(5) D'Héricourt, ch. 11, sect. 2, n° 37. Soutlages, Hyp., p. 56. M. Grenier, *loc. cit.*

par M. Favard de Langlade (1), par les auteurs du Dictionnaire de l'enregistrement (2), par M. Rolland de Villargues (3), et par M. Dalloz (4). Deux arrêts l'ont même condamnée, l'un de la Cour de cassation du 23 janvier 1810 (5), l'autre de la cour de Bourges du 17 mai 1827 (6), qui est motivé avec force et qui discute la question avec étendue (7).

Ce second sentiment me paraît préférable. En effet, la loi de 1790 a été abrogée par la loi du 22 frimaire an VII, qui s'est contentée de soumettre à une amende le notaire coupable du défaut d'enregistrement dans les délais prescrits. C'est le motif donné par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1810. Mais il faut entrer dans quelques développements pour prouver cette vérité.

La loi de 1790 avait entendu faire de l'enregistrement une mesure qui ne fût pas absolument fiscale. Elle avait voulu qu'il servît « *à constater les dates, l'ordre* » *des hypothèques, les nuances des conventions*, les époques » et les conditions de la propriété ; enfin qu'il imprimât » un caractère inaltérable, en fixant les volontés et en » garantissant la fidélité réciproque » (8). C'est pourquoi l'art. 2 portait : « *Les actes des notaires et les exploits* » *des huissiers seront assujettis, dans toute l'étendue du* » *royaume, à un enregistrement, pour assurer leur exis-* » *tence et constater leur date.* »

(1) Rép., acte notarié, § 1, n° 3.
(2) V° Acte, p. 33.
(3) Jurisprudence du notariat, 1828, p. 147.
(4) Hyp., p. 196, n° 16.
(5) Je ne l'ai pas trouvé dans l'ouvrage de M. Dalloz. M. Roland de Villargues le rapporte dans sa Jurisprudence du notariat, p. 148.
(6) Rolland de Villargues, *loc. cit.*, 1829, p. 641, 642, 643 (Sirey, 29, 2, 109).
(7) Dans le même sens, autre arrêt de la cour de Toulouse du 12 décembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 95 ; Sirey, 36, 2, 432).
(8) Rapport fait à l'assemblée constituante par le comité, le 24 novembre 1790.

On a vu que c'était aussi sous prétexte *d'assurer la date des actes*, que l'édit de 1693 avait fait du contrôle une formalité indispensable dans l'ancien régime. Cet édit avait presque opéré une révolution. Il avait soulevé une foule d'oppositions. Plusieurs villes, plusieurs provinces avaient obtenu ou *gratuitement* ou *moyennant finance* d'en demeurer affranchies. On peut citer la Flandre, le Hainaut, le Cambrésis, l'Artois, l'Alsace, et surtout la ville de Paris (1). On voit, par le rapport du comité d'imposition de l'Assemblée constituante, avec quelle opiniâtreté les notaires de Paris s'opposèrent à la formalité de l'enregistrement, à laquelle l'Assemblée voulait les soumettre comme les autres notaires de France ; mais leurs réclamations ne furent pas écoutées, et la loi de 1790 les assujettit au principe d'uniformité qui dominait tout, dans la législation régénérée de la France.

L'enregistrement fut donc invoqué comme mesure tendant à fixer *la date des actes ;* la main du notaire ne suffisait pas. Aussi, lorsque l'Assemblée constituante organisa le notariat, dans sa définition des fonctions des notaires, elle se borna à dire que ces officiers imprimaient à l'acte *l'authenticité*, sans parler de la date. « Il » sera établi dans tout le royaume des fonctionnaires » publics chargés de recevoir tous les actes, et de leur » donner le caractère *d'authenticité* attaché aux actes pu» blics (2). »

Quoi qu'il en soit, il me semble que la loi de 1790 ne faisait autre chose que colorer une mesure fiscale par un faux prétexte d'utilité, lorsqu'elle disait que l'enregistrement donnait aux actes publics la fixité de la date. Elle exigeait, en effet, que l'acte notarié fût présenté à l'enregistrement dans les dix jours *qui suivront la date* (art. 8), et l'on sait que si cette présentation était faite,

(1) Répert., v° Enregistrement.
(2) Loi du 6 octobre 1791.

l'acte prenait rang et date, non du jour de l'enregistrement, mais du jour de la date apposée par le notaire (1). Dès lors, quelle garantie cet enregistrement offrait-il contre les antidates? Qui répondait que le notaire n'avait pas choisi une date plutôt qu'une autre? Combien d'antidates possibles dans ce laps de dix jours, qui était porté à vingt pour les lieux qui n'étaient pas le siége d'un bureau? Quand la loi dit que les actes sous seing privé n'ont de date certaine que du jour de l'enregistrement, je vois alors une règle précise, appliquée logiquement et arrivant aux résultats auxquels elle tend. L'enregistrement est tout, le dire des parties n'est rien, quant à la date. Mais on me dit qu'un acte, pourvu qu'il soit enregistré dans les dix jours, prendra date de l'époque indiquée par le notaire, et non pas de l'époque de l'enregistrement, je ne conçois plus que l'enregistrement soit un moyen de *constater la date.*

La loi du 22 frimaire an VII, qui a refondu toutes les lois antérieures sur l'enregistrement, n'a pas répété les dispositions de la loi de 1790, dont je viens de parler. Faut-il s'étonner qu'elle soit rentrée dans le vrai, en mettant de côté ce charlatanisme de fixité de dates, qui n'était que dans les mots?

L'art. 73 de cette loi a même abrogé d'une manière générale et absolue la loi de 1790. Il porte : « *Toutes les* » *lois rendues sur les droits d'enregistrement, et toutes dis-* » *positions d'autres lois y relatives sont abrogées.* »

MM. Merlin et Grenier font ici une objection que la cour de Grenoble traite de *subtilité dénuée de tout fondement raisonnable.* Ils disent : L'art. 73 n'a abrogé que ce qui était relatif *aux droits* d'enregistrement, mais non à la formalité elle-même; il n'a parlé que de ce qui, dans les lois précédentes, était purement fiscal; il laisse subsister tout ce qui y est étranger.

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 1[er] brumaire an XIII. Dict. de l'Enreg., v° Acte.

Cette objection tombe devant les termes de la loi de l'an VII, qui abroge non certaines dispositions des lois *rendues sur les droits d'enregistrement*, mais les lois elles-mêmes, dans leur entier et dans toutes leurs parties, afin qu'il n'y ait plus qu'un Code de l'enregistrement, renfermé dans la loi nouvelle. Or, la loi de 1790 est une loi *sur les droits d'enregistrement.* Lorsque la commission des impositions de l'Assemblée constituante présenta le projet qui devint depuis la loi de 1790, elle dit dans son rapport : « C'est d'après ces réflexions que nous avons » rédigé le projet de décret que nous vous soumettons » *sur les droits* appelés si improprement domaniaux. » Et ce projet porte l'intitulé suivant : « *Projet de décret sur* » *le* DROIT *d'enregistrement des actes civils et judiciaires*, et » des titres de propriété. »

Ouvrons, d'ailleurs, la loi de 1790 elle-même : dans son art. 1er, elle abroge *les droits de contrôle* et tous autres de même nature.

Dans l'art. 2, elle établit la formalité de l'enregistrement, et ajoute : « A raison de cette formalité, il sera » payé *un droit dont les proportions seront réglées ci-* » *après.* »

Dans l'art. 3, elle divise les actes de propriété en trois classes pour la perception *du droit* d'enregistrement.

Les art. 4 et 5 déterminent les bases *du droit* d'enregistrement sur ces différents actes.

L'art. 6 impose deux fois la somme *du droit* sur la valeur des objets omis dans les déclarations des parties.

L'art. 7 indique sur quelles classes et sections du tarif *la somme du droit sera réglée.*

Les art. 8 et 9 indiquent dans quels délais les actes doivent être présentés à l'enregistrement ; ils déterminent des peines contre les actes dont l'enregistrement a été retardé, et aussi des peines contre les officiers retardataires, et les notaires sont astreints à payer *deux fois les droits* ; d'où il suit que cet art. 9 dont s'appuyent

MM. Merlin et Grenier, aboutit positivement à une disposition *sur les droits d'enregistrement!!*

L'art. 10 s'occupe des *droits* sur les actes *judiciaires.*

Puis viennent plusieurs dispositions sur les droits auxquels sont assujettis les actes sous seing privé, sur les déclarations de succession, sur l'établissement des bureaux pour l'enregistrement, sur la prescription des actions en supplément *de droits* ou en restitution *de droits*, et l'on arrive à l'art. 21 portant : « La perception *des droits d'en-* » *registrement réglés par le présent décret* et par *le tarif* » *annexé* n'aura aucun effet rétroactif. »

L'article final s'occupe de « *l'introduction et de l'in-* » *struction des instances relatives à la perception des* » *droits d'enregistrement.* »

Et c'est en présence de pareilles dispositions, qu'on viendrait soutenir que la loi de 1790 n'est pas essentiellement et fondamentalement *une loi rendue* (comme le dit l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an VII) sur *les droits d'enregistrement!!!*

Cette loi est donc abrogée, et aucune de ses parties ne doit survivre à la disposition générale de la loi de l'an VII, qui abroge tout ce qui est « *loi rendue sur les droits d'enregistrement.* » La loi de 1790 est un corps complet où tout se lie, où la matière est organisée dans un esprit homogène. De deux choses l'une : ou elle n'est pas abrogée du tout, ce que personne n'oserait prétendre, ou elle est abrogée dans son entier.

Mais comparons l'art. 9 de la loi de 1790, avec les articles correspondants de la loi du 22 frimaire an VII.

Cet article, partant du principe posé dans l'art. 2 et rappelé ci-dessus, disait que l'acte non enregistré dans les délais fixés *ne vaudrait que comme acte sous seing privé*, que le notaire serait responsable de l'omission envers les parties, et qu'il payerait le double droit ; que cependant l'acte, ayant reçu après coup la formalité requise, acquérait fixité de date et hypothèque à compter du jour de l'enregistrement.

Puis venait un paragraphe relatif aux actes d'huissiers. Ils sont *déclarés nuls* à défaut d'enregistrement, et les huissiers sont condamnés à une amende de 10 fr. pour chaque exploit non enregistré.

Les auteurs de la loi du 22 frimaire an VII se sont occupés de la sanction pénale des dispositions qu'ils ordonnaient dans les art. 33, 34 et suivants.

L'art. 34 est relatif aux huissiers; il leur impose une amende de 25 fr., et, de plus, une somme équivalente au montant du droit de l'acte non enregistré. Puis, il s'arme des mêmes rigueurs que l'art. 8 de la loi de 1790, et il *déclare nuls* l'acte et le procès-verbal non enregistrés dans les délais. Voici donc l'art. 8 de cette loi reproduit dans la loi nouvelle. Le législateur de l'an VII l'avait sous les yeux ; il y a puisé sa règle de conduite, en ce qui concerne les huissiers.

En a-t-il été ainsi à l'égard des notaires? Nullement. Ici, le législateur abandonne tout à fait les errements de l'art. 8, et, dans son art. 33, il se borne à condamner ces officiers ministériels à une amende et au payement du droit; mais il ne dit plus que l'acte non enregistré ne vaudra que comme acte privé, et qu'il n'acquerra fixité de date et hypothèque que du jour de l'enregistrement tardif. Pourquoi donc cette imitation de la loi de 1790 en ce qui concerne les huissiers, et cette dissemblance en ce qui concerne les notaires? N'est-il pas clair que le nouveau système rejette les principes de l'ancien sur la valeur de l'enregistrement, quant à la fixité des dates des actes notariés? Il me semble impossible de rien répondre de concluant à un rapprochement aussi frappant.

Veut-on maintenant savoir la cause de ce changement de système?

D'abord il n'était pas exact de dire, comme le faisait la loi de 1790, que l'enregistrement donnait aux actes notariés la fixité de la date ; j'ai prouvé ci-dessus que les

dispositions de cette loi étaient en opposition avec ses promesses.

De plus, nous avons vu tout à l'heure que les auteurs de la loi de 1790 avaient appelé à leur secours la formalité de l'enregistrement *pour constater l'ordre des hypothèques*. Mais tout cela était devenu inutile par la loi du 11 brumaire an VII, qui avait réorganisé le régime hypothécaire, et qui avait voulu que l'hypothèque fût toujours spéciale, et que *l'ordre des hypothèques dépendît de l'ordre des inscriptions*.

Enfin la crainte des antidates, qui avait servi de thèse au législateur de 1790, devait beaucoup moins frapper les auteurs de la loi du 22 frimaire an VII, puisque la loi du 11 brumaire de la même année faisait dépendre les transmissions de propriété, non pas du jour des actes notariés, mais du jour de la transcription de ces actes dans les bureaux du conservateur.

Sous tous ces rapports, les peines portées par la loi de 1790 devenaient donc inutiles et gênantes, et l'on conçoit qu'elles aient été abrogées.

Aussi voyez la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat. « Les notaires, dit-elle, sont des fonctionnaires publics » établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels » les parties doivent ou veulent faire donner le caractère » d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, » et pour *en assurer la date*, en conserver le dépôt, en » délivrer des grosses et des expéditions. »

Ainsi, la date d'un acte ne dépend plus de son enregistrement : c'est le notaire qui, par le caractère dont il est revêtu, assure aux dates leur fixité. Voilà donc la loi de 1790 abrogée par la loi du 25 ventôse an XI, comme elle l'avait été par la loi du 22 frimaire an VII, et ces deux dernières lois se rencontrent dans le même système. Notez que les expressions de la loi de l'an XI sont d'autant plus remarquables qu'elles ajoutent à la loi de 1791 sur le notariat, qui se taisait sur la fixité des dates apposées par les notaires; car elle s'en rapportait au

principe posé dans les art. 2 et 8 de la loi de 1790. La démonstration est donc maintenant complète.

Il ne faut pas se le dissimuler, au surplus, les dispositions relatives à l'enregistrement (dont je ne veux pas nier l'utilité sous d'autres rapports) n'ont jamais été un préservatif contre les antidates, puisque l'enregistrement opéré en temps utile a toujours produit un effet rétroactif à la date apposée par le notaire. Le véritable remède contre les antidates est dans les répertoires que tiennent les notaires, et sur lesquels ils doivent inscrire jour par jour, sans blanc ni interligne, les actes qu'ils reçoivent (1). C'est ce que disait Loyseau, en se plaignant des inconvénients qui résultaient, de son temps, de l'oubli où était tombée l'ordonnance de 1535, qui prescrivait la tenue de pareils répertoires. Après avoir rappelé des exemples d'antidates et de faux, il ajoutait (2) : « Pour donc obvier à ces deux méchancetés, à » sçavoir de l'antidate, et du changement de la feuille » du milieu..., il serait très-nécessaire de renouveler les » ordonnances qui enjoignent aux notaires de faire des » registres continus. »

Concluons de tout ceci que l'hypothèque doit toujours remonter à la date de l'acte public, pourvu que, dans un délai quelconque, cet acte soit présenté à l'enregistrement, et que dès lors l'inscription prise avant l'enregistrement (ce qui pourrait arriver dans le cas d'une fausse mention de l'enregistrement) doit produire tout son effet.

508. J'ai dit ci-dessus (3) que l'on peut prendre inscription en vertu d'une convention conditionnelle, et quoique le montant de l'obligation ne soit pas encore liquidé.

J'ai cité pour exemple le cas d'un particulier qui s'est obligé de fournir à un manufacturier des matières brutes,

(1) Art. 49 de la loi du 22 frimaire an VII. Art. 14 de la loi de 1790, sur l'Enregistrement. Ordonn. de 1535.

(2) Off., liv. 2, ch. 5, nos 73, 74, 75.

(3) Nos 471 et suiv., 476, etc.

lesquelles matières le manufacturier s'est obligé de son côté à fabriquer pour le compte de ce propriétaire, en lui donnant une hypothèque sur ses biens pour une somme déterminée. J'ai dit que quoique cette convention dépendît des livraisons ultérieures à faire par le propriétaire, elle était obligatoire à l'égard du manufacturier.

Mais j'ai annoncé au n° 477 que les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si le propriétaire devait justifier ses fournitures par des quittances authentiques ou par des actes sous seing privé.

M. Persil pense que des quittances par acte public sont nécessaires (1). M. Merlin est d'avis que des quittances sous seing privé suffisent, et l'on peut voir que M. Grenier, malgré ses incertitudes, est enclin à suivre cette seconde opinion.

Je pense qu'on doit la préférer.

Il faut distinguer ici deux choses: l'acte qui constitue l'hypothèque et l'acte qui liquide la créance.

L'acte constitutif de l'hypothèque doit être authentique, et cela a eu lieu dans l'espèce proposée.

Mais pourquoi la même condition serait-elle exigée pour la liquidation de la créance? La loi ne la requiert pas.

Les tiers pourraient-ils se plaindre? mais sur quoi donc seraient fondées leurs doléances? L'inscription leur a fait connaître l'acte authentique, qui est la cause efficiente de l'hypothèque; ils ont pu apprécier l'importance des obligations dans lesquelles leur débiteur se trouvait déjà engagé. L'inscription leur a fait également connaître le montant par évaluation du capital de la créance. De quel droit exigeraient-ils quelque chose de plus? Ils ont dû, par tous ces documents, se tenir pour avertis, et ils ne peuvent être reçus à critiquer des actes qu'ils ont connus quand ils ont traité avec le débiteur, et qu'ils

(1) M. Dalloz est aussi de ce sentiment, Hyp., p. 205, n° 20.

doivent respecter, à moins qu'ils ne fassent valoir des moyens de fraude.

509. C'est par ces principes qu'on doit décider la question de savoir si un mandant ayant consenti hypothèque au profit de son mandataire, pour le payement de ses indemnités, de ses salaires, avances ou frais, le mandataire doit prouver par des actes authentiques qu'il est créancier de ces indemnités, salaires, avances ou frais.

La négative est incontestable.

Le mandataire a fait inscrire l'acte public qui lui donne hypothèque sur les biens du mandant : l'inscription évalue la créance éventuelle. Les tiers, qui ont traité avec le mandant, ont connu tout ce qu'ils ont dû connaître. On ne demande pas à leur débiteur plus que ce que l'inscription a annoncé qu'il devait, et ils seraient mal reçus à critiquer une inscription sous l'influence de laquelle ils se sont cependant déterminés à contracter. La liquidation de la créance du mandataire est une affaire de lui au mandant, et rien n'empêche que les actes sous seing privé n'y soient admis.

Toutefois, dans l'ancienne jurisprudence, Raviot sur Perrier (1) voulait que les actes de gestion fussent constatés d'une manière authentique ; mais les raisons sur lesquelles il se fonde ont été fort bien réfutées par M. Merlin (2). On peut y ajouter celle-ci : c'est que dans l'ancienne jurisprudence, où l'hypothèque était occulte, on pouvait se montrer sévère sur les actes justificatifs de la liquidation de la créance. Mais aujourd'hui que l'hypothèque est publique, que l'on connaît d'avance le créancier et l'évaluation de la créance, on ne peut soupçonner facilement la fraude, et les tiers qui viennent tardivement critiquer ce qu'on leur a fait connaître en temps utile sont dans une position peu favorable (3).

(1) Quest. 90, n° 31.
(2) Quest. de droit, v° Hyp., p. 397, col. 2.
(3) M. Grenier, t. 1, n° 29.

510. L'hypothèque conventionnelle peut, sans contredit, être consentie par procureur (1).

Mais le mandataire qui n'a qu'une procuration sous seing privé peut-il constituer une hypothèque valable sur les biens de son mandant, ou bien faut-il que sa procuration soit authentique?

M. Merlin (2) soutient avec force, contre un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1819 (3), la nécessité que la procuration soit authentique; voici comment il raisonne. Sans doute, l'acte authentique passé par le mandataire constitue l'hypothèque. Mais il ne la constitue pas seul. Il ne la constitue que par son identification avec le mandat; ce n'est que dans le mandat qu'est le consentement de qui il tire toute sa force. Isolé du mandat, il n'est rien, le consentement qu'il énonce manque de preuves; il n'y a plus de consentement légalement donné à l'hypothèque (4).

Je crois que la meilleure réponse à cette doctrine subtile se trouve dans les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation :

« Attendu que le mandat à l'effet de consentir une » hypothèque, et l'acte constitutif de cette hypothèque, » sont deux choses tout à fait distinctes;

» En ce qui concerne le mandat, attendu que le Code » établit comme une règle générale que tout mandat, » quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous si- » gnature privée, et que, s'occupant dans une disposition

(1) Mais le mandataire général qui se procurerait des fonds par un emprunt ne pourrait pas hypothéquer à la sûreté de cet emprunt les immeubles du mandant. V. mes Comment. du *Mandat*, n° 286, et de la *Société*, t. 2, n° 686. — *Secùs* lorsqu'il y a un mandat spécial pour l'accomplissement duquel l'acte de disposition est un moyen essentiel. V. mon Comment. du *Mandat*, n° 319.

(2) Répert., t. 16, Hyp., p. 392, col. 1. — *Junge* Riom, 31 juillet 1851 (Sirey, 51, 2, 698), et Cass., 7 février 1854 (*J. P.* 1854, t. 1, p. 152; Dalloz, 54, 1, 49). Mais voyez la note 3 de la page suivante.

(3) Dall., Hyp., p. 201. Sirey, 19, 1, 324.

(4) M. Grenier semble partager cet avis, t. 1, n° 68, p. 143.

» ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothè-
» que, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'éta-
» blir ; il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être
» exprès, et que dans l'espèce ce mandat est exprès ;

» En ce qui concerne l'acte constitutif de l'hypothè-
» que, attendu que cet acte est authentique et consenti
» par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hy-
» pothèque les biens de son mandant, REJETTE. »

La cour de Caen, de qui émanait l'arrêt confirmé par la Cour de cassation, a persisté dans sa jurisprudence par un arrêt du 22 juin 1824 (1).

Enfin, la Cour de cassation a mis le sceau à sa jurisprudence par un nouvel arrêt du 5 juillet 1827 (2), et la majorité des auteurs partage son opinion (3).

En effet, toutes les fois que la loi a voulu déroger à la règle que la nomination d'un procureur peut se faire par acte privé, elle s'en est exprimée (4). Mais lorsqu'elle ne l'a pas fait, on reste dans le droit commun (5). C'est ainsi qu'il a été décidé, par arrêt de la cour de Toulouse du 19 août 1824 (6), que le donateur peut se faire re-

(1) M. Dalloz, 25, 2, 112.

(2) Sirey, 28, 1, 105. Dalloz, 27, 1, 295.

(3) MM. Persil, art. 2127, n° 6; Battur, Hyp., t. 1, 167; Delvincourt, t. 3, p. 163, n° 6; Villargues, Hyp., p. 137; Duranton, t. 19, n° 357 *bis*.—Par un retour très-inattendu de jurisprudence, la Cour de cassation vient de décider le contraire (arrêt déjà cité du 7 février 1854) en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt également cité de la cour de Riom du 31 juillet 1851, et de décider, en outre, avec ce dernier arrêt, que la ratification ultérieure par le mandant de l'hypothèque consentie par le mandataire en vertu d'un mandat sous seing privé, ne saurait avoir d'effet rétroactif à l'encontre des tiers. — Je ne crois pas que cet arrêt, rendu, d'ailleurs, contre les conclusions du ministère public, doive être regardé comme le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, et j'ai quelque raison de penser que, le cas échéant, la Cour reviendrait à sa doctrine, si solidement établie par ses arrêts de 1819 et de 1827, contre lesquels je ne vois rien de décisif dans celui de 1854. — Sur le point relatif à la ratification, voyez une question analogue, *suprà*, n° 495.

(4) Art. 36, 66, 932, etc.

(5) Art. 1985. (6) Dalloz, 1826, 1, 226.

présenter à la donation par un mandataire muni d'une procuration sans authenticité, par la raison que la loi qui exige un mandat authentique de la part du donataire pour l'acceptation de la donation par procureur (1), n'exige pas la même formalité pour assurer la légalité du concours du représentant du donateur. En général, on reproche à notre législation d'être trop formaliste. Ne multiplions pas les solennités, n'embarrassons pas la jurisprudence de nullités extrinsèques, tant que la loi ne s'en sera pas clairement expliquée.

Art. 2128.

Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner d'hypothèques sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

511. Les actes passés en pays étranger ne produisent pas, en France, l'hypothèque. Raison de cette règle. Objection. Le Code Napoléon a été trop loin.
512. Controverse dans l'ancienne législation française.
512 *bis*. Celui qui a un acte public passé en pays étranger ne peut que se procurer en France une hypothèque judiciaire.
513. Des contrats de mariage passés à l'étranger. Ils ne produisent pas hypothèque. Mais peu importe, puisque l'hypothèque légale se rattache au mariage, abstraction faite du contrat. Opinion décisive de M. de Lamoignon.
513 *bis*. Quoi qu'en dise la Cour de cassation, le mariage passé en pays étranger procure hypothèque légale, bien que l'on n'ait pas rempli les formalités exigées par l'art. 171 du Code Napoléon.
513 *ter*. La femme *étrangère*, mariée en pays étranger, a hypothèque en France sur les biens de son mari. La loi qui donne hypothèque à la femme est un statut réel. L'hypothèque est du droit des gens. Dissentiment avec MM. Grenier et Dalloz. Arrêt du grand conseil rendu à la majorité d'une voix. Renvoi.

(1) Art. 932.

COMMENTAIRE.

511. L'hypothèque, quant à la manière de l'acquérir, est du droit civil (1). Elle ne peut découler que d'actes à qui le droit civil a attribué la vertu de la produire. Nous avons vu, sous l'article précédent, qu'il faut un acte notarié.

Notre article, continuant à traiter le même sujet, ajoute que les officiers publics appartenant à une puissance étrangère ne peuvent imprimer l'hypothèque sur les biens situés en France. La raison en est, suivant Mornac (2), que l'acte passé en pays étranger, quoique revêtu des formes solennelles voulues en ce pays, ne vaut en France que comme acte sous seing privé. « *Obli-* » *gatio extrà Galliam contracta pro simplici chirographo est* » *in Galliâ.* »

Sans doute, les actes passés par des officiers publics étrangers font foi en France. Ils ont, comme le dit Pothier (3), *une autorité de créance*. Mais ils n'ont pas l'autorité publique *de pouvoir*, qui est nécessaire pour imprimer le droit d'hypothèque sur les biens des contractants. Nous n'admettons, en France, d'autorité publique de cette espèce que celle qui émane du chef de l'Etat (4).

Quelques personnes s'étonnent cependant qu'un testament passé en pays étranger ait la puissance de changer l'ordre des successions réglé par la loi nationale, de dé-

(1) *Suprà*, n°s 429 et 392.
(2) Sur la loi dern. Dig. *De jurid.*, n° 11.
(3) Orléans, t. 20, n° 9.
(4) L'idée contraire avait prévalu dans la discussion sur la réforme hypothécaire. L'assemblée avait admis que l'hypothèque sur les biens de France pouvait résulter d'actes reçus en pays étranger par les officiers publics de ce pays, et par suite on avait été amené à reconnaître qu'on devait attribuer le même effet aux actes reçus par les consuls français, suivant les formes prescrites à ce sujet. — V. l'art. 2118 du projet préparé pour la 3e délibération.

pouiller les héritiers du sang d'une hoirie qui faisait leur espérance, pour l'attribuer à un individu sans lien de parenté avec le défunt, et qu'un acte de constitution d'hypothèque reste sans effet, si les officiers d'un prince étranger l'ont reçu! Pourquoi cette condescendance d'une part en faveur d'un acte si grave, et cette rigueur de l'autre contre un acte qui l'est beaucoup moins? D'ailleurs, est-il absolument indispensable de permettre aux testaments de se multiplier, et n'est-il pas bien plus nécessaire que le contrat d'hypothèque, si favorable au commerce, si utile dans toutes les relations d'affaires, soit dégagé d'entraves inutiles puisées dans des susceptibilités diplomatiques assez frivoles?

On conçoit cependant que, dans l'ancienne législation, on ait adopté, à l'égard de l'hypothèque, la maxime de Mornac. L'hypothèque découlait de l'authenticité même de l'acte; elle était un effet *de la puissance publique* inhérent à la forme du contrat; alors il était possible de comprendre qu'une pareille puissance ne s'attachât pas aux actes passés par des officiers étrangers; et les raisons données par Pothier sont toutes décisives (1). Mais ont-elles la même force quand on les applique au système adopté par le Code Napoléon sur l'hypothèque conventionnelle? Notre hypothèque conventionnelle résulte de *la convention et de la volonté des parties*. L'autorité *de créance* qui s'attache au contrat ne suffit-elle pas? N'est-ce pas assez qu'il soit constant que la partie a voulu obliger sa propriété et la grever d'une charge?

A ces raisons, qui ne manquent pas de force, on peut opposer cependant cette considération, qu'un acte de constitution d'hypothèque se résout toujours *en exécution*, et que l'exécution forcée des contrats est un attribut ré-

(1) Voilà pourquoi encore elles restent dans toute leur énergie à l'égard de l'*hypothèque judiciaire*, qui est un privilége découlant de la puissance publique, et attaché à certains actes de l'autorité. (*Suprà*, n° 429.)

servé à la puissance publique du pays où cette exécution doit avoir lieu (1). L'expropriation est une mesure des plus graves (2). On n'arrache pas une propriété à un citoyen, sans que la société en conçoive quelques inquiétudes. La puissance nationale inspire seule assez de confiance pour qu'on lui ait réservé exclusivement le droit d'ordonner ce moyen de contrainte; il ne peut donc résulter que d'actes émanés des délégués du prince, et jamais de contrats passés devant des officiers étrangers.

Mais remarquez que notre article va plus loin : il ne se borne pas à dénier la voie exécutive aux hypothèques concédées en pays étranger; il refuse de reconnaître comme valable la stipulation d'hypothèque elle-même ; cette stipulation est inefficace, d'après notre texte. Or, c'est en quoi je trouve que le Code s'est montré beaucoup trop sévère (3).

512. Au surplus, dans l'ancienne jurisprudence française, la question tranchée par le Code Napoléon était fort controversée (4).

L'ordonnance de 1629 (art. 121) avait en vain décidé que les contrats et obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auraient aucune hypothèque ni exécution en France, et tiendraient lieu de simples promesses.

Mais cette ordonnance ne fut jamais observée au parlement de Paris, ni citée comme loi dans les plaidoiries des avocats (5). La défaveur qui s'attachait presque toujours à un enregistrement forcé, l'avait fait repousser

(1) Art. 546 du Code de procédure civile.

(2) Montesq., *Esprit des lois*, liv. 6, ch. 2.

(3) Le Code napolitain s'est montré moins injuste. Voy. la préface. Mais le Code hollandais a adopté le principe de notre article. Voy. son article 1249, dans la *Revue étrangère*, t. 1, p. 649.

(4) Hyp. de Basnage, ch. 12.

(5) Mém. de Talon, t. 3, n° 329. Pothier, Louage, n°s 186, et sur Orléans, t. 20, n° 9. Grenier, Hyp., t. 1, n° 14, p. 20. Mon Comment. de la *Prescription*, t. 2, n°s 1005 et 1006.

dans le ressort d'autres parlements, malgré la sagesse de ses dispositions.

Livrés à l'arbitraire de leurs opinions individuelles, les jurisconsultes s'étaient donc divisés. Les uns pensaient que l'hypothèque, étant du droit des gens, devait résulter des actes reçus en pays étranger, ainsi que l'avaient décidé Chopin (1) et Loyseau (2).

D'autres, en adoptant le principe que l'hypothèque est du droit civil, quant à la manière de l'acquérir, tenaient pour certain que l'hypothèque ne pouvait être admise en France que lorsqu'elle résultait d'actes authentiques reçus par des officiers soumis à la souveraineté du roi; mais ils faisaient une exception pour les contrats de mariage et les actes de tutelle, à cause de la faveur de la dot, et des biens des mineurs. Tronçon (3), Chopin (4), Mornac (5), Bouguier (6), rapportent des arrêts qui l'ont jugé de la sorte, et depuis l'ordonnance de 1629, Boullenois pensait que ce sentiment devait être suivi (7).

Cependant, avant comme depuis l'ordonnance de 1629, il y avait un bon nombre d'esprits judicieux qui soutenaient que nul acte passé hors du royaume ne pouvait produire en France une hypothèque, et qui n'apportaient à cette règle aucune exception (8).

Mais il faut convenir que la jurisprudence était trop douteuse et les avis trop partagés, pour qu'on ne désirât pas vivement, lors de la rédaction du Code Napoléon,

(1) Sur Anjou, liv. 3, t. 3, ch. 3.
(2) Off., liv. 1, ch. 6, n° 104.
(3) Sur Paris, art. 165.
(4) Sur Paris, liv. 3, t. 2, p. 20.
(5) Sur la loi *extrà*, Dig. *De jurid.*
(6) Lettre C, n° 7.
(7) T. 1, p. 631. C'était aussi l'avis de Bourjon, t. 2, 538.
(8) Brodeau, sur Paris, art. 107 et 166, et sur Louet, lettre H, § 5. Malicostes, sur Maine, art. 186. Lamoignon, Hyp., art. 25, rapporté *suprà*, n° 429. Pothier, Orléans, t. 20, n° 9. Arrêt de Paris, de 1737, au Répert., v° Hyp., p. 718, n° 8.

qu'une décision formelle vînt mettre fin à ces discussions.

C'est ce qu'a fait notre article, en adoptant la disposition de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629.

Seulement l'hypothèque pourra résulter d'actes passés hors du royaume, si cela a été stipulé dans les traités.

512 *bis*. Mais que doit faire celui qui est porteur d'un acte public passé en pays étranger, et portant hypothèque à son profit?

M. Dalloz lui conseille de faire assigner le débiteur devant un tribunal français, d'obtenir jugement contre lui, et de prendre inscription en vertu de ce jugement. Cet auteur ne pense pas que le créancier puisse se présenter seul devant le tribunal français, pour faire apposer à son contrat le *pareatis*. Car, dit-il, ce serait vouloir attacher l'hypothèque aux contrats passés en pays étranger, tandis que l'art. 2128 les prive absolument de la faculté de produire hypothèque en France : il ne les regarde que comme de simples promesses, capables seulement de servir de base à une action judiciaire (1).

Il paraît que telle est aussi l'opinion de M. Grenier(2).

Elle est la seule qu'on doive admettre. Il en serait autrement, sans doute, si l'art. 2128 s'était borné à refuser à l'hypothèque constituée en pays étranger la voie exécutive. Mais, comme je l'ai dit au n° 512, le Code considère comme non écrite une pareille stipulation d'hypothèque. Le créancier n'a donc pas de secours à puiser dans son contrat. Un simple *pareatis* ne lui suffit pas : il faut qu'il recoure à l'hypothèque judiciaire.

513. Insistons maintenant d'une manière plus particulière sur l'effet hypothécaire des contrats de mariage passés en pays étranger.

Nous avons vu tout à l'heure la diversité d'opinions qui régnait dans l'ancienne jurisprudence.

(1) Hyp., p. 195, n° 12.
(2) Hyp., t. 1, p. 26, n° 16.

M. Grenier considère la question comme simplifiée par notre article (1), et il fait une distinction qui prouve que cet article laisse la difficulté entière. Ou il s'agit, dit-il, de deux étrangers mariés en pays étranger, et alors leur contrat ne produit en France aucune hypothèque; ou il s'agit d'un Français marié en pays étranger, et la femme pourra réclamer, sur les biens de son mari situés en France, l'hypothèque légale pour les conventions contenues dans son contrat de mariage. Je demande en quoi notre article a pu aider à une pareille solution.

M. Dalloz propose la même distinction (2). Sans en discuter en ce moment le mérite, essayons de montrer l'influence de notre article sur la question proposée.

Comme on le verra plus tard (3), l'hypothèque de la femme date, quand il y a contrat, non du jour du mariage, mais du jour du contrat.

Mais quand il s'agit d'un contrat de mariage fait à l'étranger, il me paraît impossible de rattacher l'hypothèque à ce contrat: ce serait placer dans le contrat la cause de l'hypothèque. Ce serait, par conséquent, se mettre en opposition avec notre article, qui ne veut pas qu'un contrat passé à l'étranger serve d'auxiliaire à une hypothèque en France.

Mais suit-il de là que la femme sera tout à fait destituée d'hypothèque légale? Non, sans doute!

La femme n'a pas besoin de recourir à son contrat pour avoir hypothèque. Le fait de son mariage est, à lui tout seul, la cause principale d'hypothèque légale. Ainsi, ce que ne fera pas le contrat, la célébration du mariage l'opèrera (4).

(1) Hyp., t. 1, p. 530, n° 247.
(2) Hyp., p. 196, n° 15.
(3) *Infrà*, n° 578.
(4) Argument d'un arrêt de la Cour de cassation du 1er février 1816, dans l'espèce duquel la femme était, à la vérité, mariée en France, *mais n'avait qu'un contrat sous seing privé.* Le contrat fut admis seulement comme moyen de liquider les apports de la femme (Dalloz, Hyp., p. 128).

Ceci posé, il est évident qu'il est indifférent que le mariage ait été solennisé en France ou en pays étranger. Car le mariage contracté en pays étranger est valable, si l'on a observé les formalités voulues dans ce pays. La loi française y croit comme à un fait incontestable. En admettant le fait, elle admet nécessairement aussi l'hypothèque légale qui en résulte (1). Telle était la doctrine de M. Lamoignon. Il avait remarqué, avec sa sagacité habituelle, la différence qui existe entre la femme dont le contrat a été fait en France, et celle dont le contrat a été formalisé en pays étranger. Cette différence gît tout entière dans la date. « Les actes et jugements passés et » rendus en pays étrangers n'emportent hypothèque en » France, *quoique ce fût contrats de mariage* et actes de » tutelle ; mais l'hypothèque n'aura lieu que *du jour de la* » *célébration du mariage* et de la gestion de la tutelle(2). »

Voilà les véritables principes. Le contrat de mariage pourra sans doute être invoqué pour fixer la nature et l'étendue des droits de la femme, mais non pas comme source de l'hypothèque. C'est le fait seul du mariage qui en sera la cause.

513 *bis*. Mais faudra-t-il qu'à l'appui de son acte de mariage, la femme qui a épousé un Français prouve qu'elle s'est conformée aux dispositions de l'art 171 du Code Napoléon ? Faudra-t-il que, dans les trois mois de son retour en France, l'acte de célébration de son mariage soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile?

Un arrêt de la Cour de cassation, du 6 janvier 1824 (3), a jugé l'affirmative. Il décide que, quoique le mariage d'un Français et d'une étrangère contracté en pays étranger soit valable, l'hypothèque légale qui en résulte ne peut avoir lieu contre des tiers, en France, qu'en se con-

(1) V. la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 278. M. Wolowski adopte cette opinion.
(2) Des Hyp., art. 25.
(3) Dalloz, Hyp., p. 144 et 133, n° 3.

formant aux règles prescrites par les lois françaises, et notamment par l'art. 171 du Code Napoléon.

M. Dalloz blâme cette décision rendue contre sa plaidoirie, et qui, au surplus, n'est qu'un arrêt de rejet.

Je suis disposé à partager l'opinion de cet auteur (1). L'art. 171 est purement réglementaire; il ne prononce pas de peine contre l'omission des dispositions qu'il prescrit. Cette omission n'empêche pas le mariage d'être valable, et la Cour de cassation le reconnaît elle-même dans ses considérants. Les formalités de l'art. 171 n'ont été prescrites que par mesure de précaution pour faciliter la recherche de l'acte de mariage ; mais, encore une fois, elles ne sont pas de l'essence du mariage, qui subsiste sans elles. Or, c'est au fait du mariage, c'est à sa célébration seule, que l'hypothèque doit sa naissance. Admettre la validité du mariage, comme le fait la Cour de cassation, et ne pas admettre les conséquences du mariage, c'est tomber dans une manifeste contradiction. C'est comme si, en déclarant un mariage régulier, on refusait de regarder comme légitimes les enfants qui en sont issus. De même que la légitimité des enfants, l'hypothèque est un des effets du mariage. Pour nier l'existence de l'hypothèque, il faut nier l'existence du mariage. Sans quoi, on prête à la loi des rigueurs qu'elle n'a pas eues, et l'on se place en dehors de la saine logique.

Ajoutez que faire dépendre l'hypothèque de l'accomplissement des formalités de l'art. 171, ce serait la subordonner à la vigilance du mari, et remettre entre ses mains le sort des garanties que la loi donne à la femme.

(1) On peut invoquer à l'appui un arrêt de Montpellier du 3 juin 1830 (Dall., 31, 2, 31). Mais dans cette espèce, il y avait une circonstance particulière : il s'agissait d'une femme divorcée qui avait déposé en France, dans les registres de l'état civil, son acte de divorce. La cour pensa que ce dépôt équivalait aux formalités prescrites par l'art. 171 du Code.

Or, c'est là un résultat qui contrarie le système du Code sur l'hypothèque légale (1).

515 *ter*. Arrivons maintenant à la distinction de MM. Grenier et Dalloz, entre les épouses étrangères et les épouses françaises mariées hors de France. Les unes et les autres ont-elles hypothèque sur les immeubles de leurs maris situés dans l'empire ? ou bien n'y a-t-il que l'épouse du Français qui puisse réclamer sur eux le bénéfice de l'hypothèque légale ?

L'opinion de MM. Grenier et Dalloz me paraît absolument fausse. M. Dalloz oublie même qu'il a professé le contraire dans une autre partie de son ouvrage (2). Ces deux auteurs pensent que l'hypothèque légale, étant une concession du droit civil, n'a été introduite qu'en faveur des régnicoles, mais qu'elle ne peut profiter aux femmes étrangères, parce que le droit civil n'a pas parlé pour elles, mais bien pour les nationaux.

J'ai déjà eu occasion de toucher une question sem-

(1) Mon opinion a été consacrée par un arrêt de Bordeaux du 31 août 1837, que l'on trouve au recueil des arrêts de cette cour, t. 12, p. 581. « Attendu, y est-il dit, que l'art. 171 ne prononce » aucune peine, aucune sorte de nullité pour l'omission de la » formalité qu'il exige; que le principe, la cause de l'hypothèque » étant dans le mariage, il faut, tant qu'on n'annule pas le ma- » riage, ce qui est improposable, respecter l'hypothèque qui en » est la conséquence nécessaire et forcée, hypothèque, au sur- » plus, dont la validité ne saurait dépendre du caprice du mari. » — Et la Cour de cassation elle-même, rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, est revenue sur la doctrine qu'elle avait consacrée par celui du 6 janvier 1824, et a jugé que la formalité prescrite par l'art. 171 n'est que réglementaire, et que la femme, devenue Française par son mariage, participe, sans avoir rempli cette formalité, au bénéfice de l'hypothèque légale. Arrêt du 23 novembre 1840 (Sirey, 40, 1, 929). Conf. Douai, 25 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 454). — *Junge* MM. Battur, n° 304; Duranton. t. 19, n 292; Zachariæ, § 264, note 15; Tessier, t. 2, n° 123, note 1091; Pont et Rodière, t. 1, n° 174.

(2) V° Loi, p. 884, n° 36, § 4.

blable (1). Elle consistait à savoir si un mineur étranger, dont la tutelle aurait été déférée en pays étranger, pourrait avoir hypothèque sur les biens de son tuteur situés en France, et j'ai pensé, contre l'opinion de M. Grenier, et avec l'appui de doctrines et de raisons qui me paraissent imposantes, que le mineur dont il s'agit peut se prévaloir du bénéfice de la loi française pour recourir sur les immeubles français appartenant à ce tuteur.

Ici les raisons sont absolument les mêmes.

Il n'est nullement exact de dire que l'hypothèque est tellement du droit civil, que les étrangers ne puissent y participer (2). Car si le principe était vrai, il devrait être général, et il faudrait l'appliquer non-seulement aux hypothèques légales, mais encore aux hypothèques judiciaires, qui sont aussi une concession de la loi; aux hypothèques conventionnelles, qui tiennent du droit civil leurs formes constitutives; aux priviléges sur les immeubles, qui ne sont que des hypothèques privilégiées, et qui ont, par conséquent, la même origine; aux priviléges sur les meubles, qui sont des affectations sur la chose, et qui tiennent leur faveur de certaines qualités qu'il a plu au législateur de placer à tel ou tel rang de préférence. Or, jamais les deux auteurs que je m'efforce de combattre n'iront jusqu'à soutenir que toutes les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, soient hors des droits auxquels un étranger peut prétendre en France ; ils n'entreprendront pas de dire qu'un jugement rendu par les tribunaux français au profit d'un étranger, ne produit pas en sa faveur une hypothèque judiciaire (espèce d'hypothèque légale) sur les biens du condamné. Ils ne refuseront pas à l'étranger qui aliène un immeuble qu'il possède en France, le privilége du vendeur. En un mot, ils reconnaîtront qu'en organi-

(1) *Suprà*, n° 429.
(2) *Suprà*, n° 392 *bis*.

sant le système des hypothèques et des priviléges, le législateur n'a pas entendu travailler exclusivement pour les nationaux, mais qu'il a voulu que ce système s'étendît à tous ceux qui sont propriétaires d'immeubles en France.

Quelle en est la raison? c'est, comme je le disais au nº 429, que la loi qui règle les hypothèques est un *statut réel*, et qu'à ce titre elle affecte tous les immeubles français, sans s'informer si ce sont des régnicoles ou des étrangers qui en sont propriétaires.

MM. Grenier et Dalloz sont donc partis d'un faux principe, d'un principe auquel ils ne voudraient certainement pas donner toute l'extension qui est cependant virtuellement en lui. Pour moi, je conclurai qu'il n'y a pas de différence, quant à l'hypothèque, entre le Français et l'étranger qui possède des immeubles en France. Cette proposition me paraît désormais évidente.

Ceci étant une fois admis, il importera peu que le fait dont la loi française fait le fondement de l'hypothèque ait eu lieu en France ou en pays étranger. Il suffit que ce fait existe, et que la loi française y ajoute autorité de créance. On conçoit sans doute que je ne veux pas parler ici de contrats passés en pays étrangers, ni de jugements rendus par des tribunaux qui ne sont pas français, puisque la loi française déclare expressément qu'elle ne leur attribue aucune vertu hypothécaire, même à l'égard des Français qui les ont obtenus. Mais il en est autrement d'une tutelle ou d'un mariage. Ce sont là des faits que la loi française accepte pour valables, quand ils ont été consommés avec les formalités voulues dans le pays où ils ont eu lieu. Ce sont des positions civiles qu'elle reconnaît pour légitimes, et auxquelles elle consent à prêter appui. Eh bien! par cela seul qu'elle les homologue de plein droit, il s'ensuit qu'elle sanctionne tous les effets civils qu'elles produisent; et quand un étranger possède des immeubles

en France, et qu'un autre étranger vient demander au statut réel qui les régit d'agir sur eux, il ne fait rien de blessant pour la nationalité française; il s'incline au contraire devant la souveraineté de la loi du pays; il la prend pour sa règle; il consent à ce qu'elle réalise toutes ses conséquences sur les biens qu'elle affecte.

En un mot, l'étranger participe comme le Français au bénéfice de l'hypothèque. Comme le Français, il l'acquiert pour les conventions qu'il passe en France, pour les jugements qu'il obtient en France, pour le mariage qu'il contracte en France. Comme le Français, il ne peut y prétendre pour les jugements et contrats obtenus et passés en pays étrangers. Mais comme le Français, la femme étrangère pourra, en vertu de son mariage, même contracté en pays étranger, invoquer la loi française, qui place sous le coup d'une hypothèque légale les biens que le mari possède en France. Tout cela est la conséquence de ces deux règles incontestables : la première, que l'hypothèque est du droit des gens, et que, malgré tout ce qu'il y a de civil dans la manière dont elle s'acquiert, les étrangers n'en ont jamais été exclus. La seconde, que le statut qui frappe d'hypothèque légale les immeubles du mari est un *statut réel;* et agissant par conséquent sur les immeubles, sans rechercher qui les possède (1).

(1) « Attendu, dit fort bien la cour de Bordeaux, dans l'arrêt
» cité au n° 513 *bis*, qu'il importait peu que le mariage eût été
» contracté en pays étranger, et même que la femme fût étran-
» gère ; que les contrats de mariage étant du droit des gens, et
» la loi par laquelle les biens des maris, situés en France, se
» trouvaient frappés de l'hypothèque légale *constituant un statut*
» *réel*, il n'y avait jamais lieu de *s'occuper des personnes auxquel-*
» *les cette loi avait profité.* »

Je dois dire que ce sont les anciens principes qu'invoque ici la cour de Bordeaux pour en faire l'application à un mariage contracté avant le Code Napoléon. Mais il est évident que la nouvelle législation n'a rien changé à cette théorie du droit des gens et du statut réel.

La cour, d'ailleurs, les déclare ensuite applicables sous l'em-

Telle est aussi l'opinion de M. Merlin (1); il combat avec force un arrêt de la cour supérieure de Liége, du 16 mai 1823, qui a jugé le contraire. Il faut, du reste, remarquer que dans la discussion la femme ne s'était pas attachée à faire ressortir le moyen tiré des deux raisons sur lesquelles j'insistais tout à l'heure.

La question s'est présentée dans l'ancienne jurisprudence, à l'occasion des droits hypothécaires que la princesse *de Carignan* réclamait, en vertu de son contrat de mariage *passé à Turin*, sur les biens que son mari, le prince de Carignan, possédait en France. Un arrêt du parlement de Paris, du 4 septembre 1744, prononça contre les créanciers en faveur de la femme. Mais ceux-ci se pourvurent au grand conseil, et, *après partage*, l'arrêt fut cassé à la majorité d'une *seule voix* (2) : on voit qu'un tel arrêt ne peut être d'un bien grand poids.

J'engage, au surplus, à se rappeler l'arrêt du parlement de Lorraine que j'ai cité ci-dessus, n° 429, et qui est rendu sur un cas analogue, dans un sens favorable aux principes que j'ai développés (3).

pire du Code Napoléon en décidant que l'hypothèque de la dame Ganseford reçut, par la promulgation de ce Code, le complément dont elle avait besoin, et qui lui manquait sous la loi du 11 brumaire an VII, sous laquelle cette dame n'avait pas *pris inscription*. Cependant, la cour de Bordeaux est revenue plus tard sur cette décision, comme on peut le voir dans la note qui termine ce numéro.

(1) Rép., t. 17, v° Remploi. *Junge*, MM. Tessier, t. 2, n° 133; Pont et Rodière, t. 1, n° 174.

(2) Rép., t. 5, v° Hyp., p. 787, col. 2.

(3) Ces principes, soutenus, comme je l'ai déjà dit, par MM. Merlin, Tessier, Pont et Rodière, ont été consacrés, non-seulement par l'arrêt de Bordeaux cité dans l'une des notes qui précèdent, mais encore par un arrêt récent de la cour de Grenoble du 19 juillet 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 233).

Cependant, l'opinion contraire, émise par MM. Grenier et Dalloz, est plus généralement adoptée. Outre l'arrêt de Liége du 16 mai 1823, on peut citer, dans ce sens, un arrêt de Douai du 24 juin 1844, et un autre de Bordeaux du 14 juillet 1845 (*J. P.*,

Art. 2129.

Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

SOMMAIRE.

1844, t. 2, p. 401, et 1846, t. 2, p. 676) et l'avis de MM. Duranton, t. 19, n° 292; Battur, t. 2, n° 351; Aubry et Rau sur Zachariæ, § 264, note 15; Massé, *Dr. Comm.*, t. 2, n° 332; Gaudry, *Rev. de législ.*, t. 2, p. 300; Fœlix, *Rev. étrang.*, 3e livr., t. 1, p. 25.

Mais je dois dire qu'entre ces deux systèmes il s'en est placé un troisième intermédiaire qui, rattachant l'hypothèque légale au statut personnel, admet bien que la femme n'en est pas privée à raison de son extranéité, mais ne la lui accorde qu'autant qu'elle y aurait droit d'après la loi de son pays. A ce système se rattache un arrêt de la cour de Paris du 19 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 452); et il est enseigné par MM. Cubain, n° 679; Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrang. en France*, p. 380, n° 82; Rapetti, *Cond. des étrang.*, p. 121, et Valette, t. 1, p. 267, n° 139. Ce point de vue trouve, à mon avis, une réfutation suffisante dans les observations que j'ai présentées ci-dessus, nos 392 *bis* et 429.

prohibée par la loi. On ne peut hypothéquer les biens *à venir*. Effet de cette prohibition.

516. Dans l'ancienne jurisprudence et par les lois romaines, l'hypothèque des biens présents et à venir était permise.

517. Peut-on hypothéquer la chose d'autrui?

518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain. Il fallait que le débiteur fût propriétaire de la chose au moment de la convention.

519. Raison pour laquelle on pouvait vendre et non hypothéquer la chose d'autrui. Aujourd'hui, à plus forte raison, l'hypothèque sur la chose d'autrui est nulle.

520. Sens de ces mots, *appartenant à*, dont se sert notre article.

521. Mais quel sera le sort de l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui, si celui qui l'a promise en devient propriétaire *ex post facto*? Principes du droit romain. On décidait qu'il se faisait alors *reconciliatio pignoris*.

522. Si le débiteur, *devenu propriétaire*, vendait l'immeuble, le créancier hypothécaire pouvait agir contre le tiers acquéreur par l'action hypothécaire. Lois à cet égard. Opinion de Cujas, qui traite de rêverie la doctrine contraire enseignée par Accurse.

523. Et c'est ainsi qu'on le jugeait dans l'ancienne jurisprudence française. Arrêt du parlement de Paris du 14 août 1601.

524. On doit décider de même sous le Code Napoléon. Raisons à cet égard.

524 *bis*. *Quid* à l'égard du créancier hypothécaire dont le droit est postérieur à la consolidation de la propriété?

525. Ce qui vient d'être dit a lieu, soit que le créancier sût ou non, au moment de la convention, que la chose hypothéquée n'appartient pas au débiteur. Opinions contraires réfutées.

526. *Quid* du cas où un créancier hypothécaire du véritable propriétaire critique l'hypothèque consentie par le faux propriétaire devenu maître légitime de la chose?

527. *Quid juris* lorsque le véritable propriétaire devient héritier de celui qui a hypothéqué la chose qui ne lui appartient pas? Lois romaines contraires à ce sujet. Efforts des interprètes pour les concilier. Il faut dire qu'il y a antinomie, et que l'opinion de Modestin doit être préférée à celle de Paul.

528. L'hypothèque consentie sous condition que tel bien m'appartiendra, est valable.

529. Celui qui est porteur d'un acte sous seing privé non enre-

gistré, duquel il résulte qu'il a acheté un immeuble, peut-il critiquer les hypothèques que son vendeur aurait consenties postérieurement par acte public? Peut-il dire qu'elles sont consenties *à non domino?* Doctrine de M. Toullier à cet égard.

530. L'acquéreur par acte sous seing privé, est en général l'ayant-cause du vendeur, de même que celui à qui le vendeur a donné hypothèque. Mais il arrive quelquefois que celui qui est ayant-cause sous un rapport ne l'est pas sous l'autre. Celui qui a en sa faveur une hypothèque en vertu d'un titre authentique, n'est pas ayant-cause dans le sens de l'art. 1322 du Code Napoléon.

531. L'opinion de M. Toullier est isolée et nouvelle. Elle est condamnée par les lois romaines, par Paul de Castro, Tiraqueau et autres.

532. Réponse à l'objection qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.

533. Exemple tiré de l'art. 1743 du Code Napoléon.

534. Arrêts pour et contre sur la matière.

535. Suite.

536. Suite.

536 *bis*. Il ne faut exiger, à peine de nullité, la mention de la nature et de la situation de l'immeuble, qu'autant que l'omission aurait occasionné un dommage.

COMMENTAIRE.

513. L'art. 2129 du Code Napoléon est un des plus importants du titre des hypothèques, puisqu'il fait de la spécialité une condition indispensable de la constitution de l'hypothèque conventionnelle.

Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque l'hypothèque était occulte, la spécialité ne pouvait être une nécessité; ce n'était qu'un accident dépendant de la volonté des parties.

Il fallait qu'elle fût nominativement stipulée, et c'est ce qu'on faisait très-rarement, parce que l'hypothèque spéciale devenait le plus souvent funeste au créancier, en ce que ce dernier était obligé de discuter l'hypothèque spéciale, avant d'attaquer les biens soumis à l'hypothèque générale, qui était toujours de droit; car

la convention d'une hypothèque spéciale ne dérogeait pas à la générale (1).

Aujourd'hui, au contraire, l'hypothèque doit être publique. Il fallait donc déterminer par une indication spéciale les immeubles qui en sont grevés.

On voit que le législateur prépare dans notre article les éléments de l'inscription dont il sera question plus tard, et qui porte l'hypothèque à la connaissance du public. Il exige que l'acte constitutif de la créance, ou bien un acte authentique postérieur, désigne la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, afin que ces indications soient répétées dans l'inscription.

Ainsi la spécialité prépare l'inscription; l'inscription assure la publicité.

514. On pourra cependant trouver que le Code a poussé jusqu'à l'excès les précautions qu'il a prises pour la spécialité de l'hypothèque. Pourquoi exiger, par exemple, *dans tous les cas*, la désignation de la nature et de la situation des immeubles? Lorsqu'un individu hypothèque tous ses biens présents, n'est-ce pas une formalité surabondante que de le contraindre à préciser en quoi consistent ces biens, et où ils sont situés? Les tiers n'en savent-ils pas assez, lorsqu'ils sont informés que tous les biens, sans exception, de celui avec qui ils contractent, sont déjà hypothéqués?

Que le législateur ait exigé une désignation spéciale du lieu de la situation et de la nature de l'immeuble, lorsqu'on hypothèque un champ, un pré, un terrain quelconque isolé, je le conçois. On n'aurait pu, sans ces renseignements, arriver à une connaissance précise de l'objet.

Mais montrer la même exigence lorsque l'hypothèque frappe sur tous les biens présents du débiteur, c'est assurément porter la prudence jusqu'à l'exagération. Il

(1) *Infrà*, n° 762.

est certain qu'on aurait pu arriver à une publicité suffisante sans ces détails minutieux (1).

515. Une des conséquences les plus importantes de la spécialité, c'est que l'hypothèque générale conventionnelle se trouve prohibée par le Code.

Plusieurs motifs ont déterminé le législateur :

1° D'abord il n'a pas voulu que le débiteur pût facilement engager toute sa fortune, sachant bien que les emprunteurs passent facilement par toutes les conditions qu'on leur impose, pourvu qu'on leur prête de l'argent (2).

2° Ensuite il a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble. Car leur concours entraîne toujours des discussions dispendieuses (3).

3° Enfin (et ce motif est le plus décisif) il a voulu favoriser les effets de la publicité. Car, comme je viens de le dire, de la spécialité découle, dans l'esprit du Code, la publicité. Or, l'hypothèque générale étant celle qui comprend les biens *présents et à venir* du débiteur, comment pourrait-on indiquer dans l'obligation la nature et la situation de biens qui ne sont pas encore dans le domaine du débiteur ?

Aussi notre article dit-il *que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués.*

Ainsi, une hypothèque générale est nulle par le Code Napoléon, non-seulement à l'égard des tiers qui ont intérêt à la critiquer, mais encore à l'égard du débiteur lui-même, qui peut se faire relever de la témérité qui lui a dicté un engagement qui ne remplit pas le vœu de la loi. Elle peut aussi être attaquée par les héritiers du débiteur (4).

(1) M. Grenier, préface, p. XXVI. V. *infrà*, n° 536 *bis*, et ma préface.

(2) Répert., Hyp., p. 910.

(3) Rép., *loc. cit.*

(4) M. Grenier, t. 1, n° 65. M. Chabot, sur l'art. 873, n° 13. Arrêt de Riom du 6 janvier 1820, Denev., 20, 2, 12.

Mais le débiteur qui aurait consenti une hypothèque générale, nulle aux termes de la loi, pourrait-il se refuser à donner à son créancier une hypothèque spéciale qui lui tînt lieu de garantie? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour d'Aix du 16 août 1811 (1). Mais cet arrêt paraît dur à M. Grenier (2), qui aimerait mieux suivre un arrêt de la cour de Riom du 25 mai 1816, qui a jugé qu'un individu qui a hypothéqué tous ses biens, à une époque où il ne possédait aucun immeuble, pouvait être contraint à donner une hypothèque spéciale sur ceux qu'il avait acquis depuis (3). Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, la cour supérieure de Bruxelles a jugé, par arrêt du 27 juin 1821 (4), que le créancier pouvait se prévaloir de l'hypothèque générale pour exiger une hypothèque spéciale. M. Persil approuve cette opinion (5).

Il y a sans doute quelque équité dans cette jurisprudence. Mais je ne voudrais pas concourir à un arrêt qui la sanctionnerait, parce qu'elle me paraît résister aux termes de la loi. L'hypothèque consentie, étant nulle, ne peut être remplacée, *par le seul fait du juge*, par une autre hypothèque, qui aurait les caractères requis par le législateur. Les jugements ne créent pas les conventions, ils les déclarent. Que fait-on ici? On force le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis. (Voyez *infrà*, n° 539.)

Revenons à la proscription de l'hypothèque des biens à venir.

516. C'est là une des innovations les plus remarquables du nouveau régime hypothécaire.

(1) Dal., Hyp., p. 215, note.

(2) Il est vrai que cet arrêt décide que cette clause n'était que de style dans l'espèce.

(3) M. Grenier, t. 1, p. 137, n° 65. Dalloz, Hyp., p. 178. Notez bien qu'on ne se trouvait pas dans le cas de l'art. 2130.

(4) M. Dalloz cite la date, mais ne donne pas le texte de cet arrêt. Hyp., p. 201, note 2.

(5) Art. 2129, n° 1.

Dans le droit romain, l'hypothèque conventionnelle pouvait porter sur les biens présents et à venir. Ce genre de stipulation n'était pas interdit aux parties (1). Justinien voulut même, par la loi finale du Code, *Quæ res pignori vel hyp.*, que lorsqu'un individu hypothèquerait *ses biens* sans dire qu'il hypothéquait ses biens présents ainsi que ses biens à venir, le droit d'hypothèque générale s'étendît même aux biens à venir (2).

Dans l'ancienne jurisprudence française, on avait été plus loin : l'hypothèque de tous les biens présents et à venir était attachée de droit à tout contrat authentique; pour restreindre l'hypothèque à quelques objets spéciaux, il fallait une convention expresse (3). Mais Loyseau regardait cet état de choses comme une source de désordres et de malheurs inévitables (4).

Le Code Napoléon a donc agi sagement en proscrivant l'hypothèque conventionnelle des biens à venir. Néanmoins, on verra une modification à ce principe de la législation moderne dans l'art. 2130.

517. Je dois examiner ici une question extrêmement importante, et que les auteurs modernes résolvent diversement.

Lorsqu'un individu hypothèque spécialement une chose dont il n'est pas *actuellement* propriétaire, l'hypothèque devient-elle valable, si par la suite il en acquiert la propriété?

Cette question est complexe. Elle en embrasse beaucoup d'autres.

Et d'abord quel est, en général, le sort d'une hypothèque donnée sur la chose d'autrui ?

518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain.

(1) L. 6, Dig., *De pignorib. et hyp.*

(2) Voët, *De pignor. et hyp.*, n°s 6 et 8. Poth., Pand., t. 1, p. 567, n° 11.

(3) *Suprà*, n° 504.

(4) Déguerp., liv. 3, ch. 1, n° 16.

Car, pour que l'hypothèque *spéciale* fût valable, il fallait qu'il fût prouvé que la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la constitution de l'hypothèque : « Quod dicitur, creditorem probare debere, quùm con- » veniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam con- » ventionem pertinet quæ specialiter facta est, non » ad illam quæ quotidiè inseri solet cautionibus, ut spe- » cialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam » bona teneantur debitoris, quæ nunc habet, et quæ pos- » teà adquisierit, perindè atque si specialiter hæ res fuis- » sent obligatæ. » L. 15, § 1, D. *De pignorib. et hyp.* (1).

Les lois se présentent en foule pour décider qu'on ne pouvait hypothéquer *spécialement* la chose d'autrui. La loi 6, au C. *Si aliena res pignor.*, disait entre autres : « Et » per alium rem alienam invito domino pignori obligari » non posse certissimum est (2). »

519. On pourra demander comment il se fait que l'hypothèque de la chose d'autrui fût nulle, lorsque la vente de la chose d'autrui était permise par le droit romain. Cujas (3) a résolu ce problème par des raisons assez développées, que Voët a résumées en ces termes. Je les cite de préférence, *brevitatis causâ*.

« Etsi enim id quod venditionem recipit, quia in com- » mercio est, etiam pignorationem recipere possit (l. 9, » § 1, D. *De pignorib. et hypoth.*, l. 1, § 2, *Quæ res pi-* » *gnorib. vel et hypoth.*), non tamen ab omni eo qui rem » vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cùm ex » pignoris an hypothecæ constitutione creditori nasci de- » buerit jus pignoris, adeòque jus in re, necesse fuit ut » jus in re haberet qui jus pignoris alteri constituere vult. » At venditor, ex contractu venditionis, nullum emptori » constituit jus in re, sed tantùm suam personam ad rem

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 508, n° 13.

(2) Pothier, *loc. cit.* Cujas, sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli.*

(3) Récit. solenn. sur le tit. du Code *Si aliena res*, etc.

» tradendam obligat, ad quod non opus est, ut ullo jure » in re munitus sit (1). »

Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française (2), et l'on sent combien à plus forte raison ils doivent être ceux du Code Napoléon, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Aussi notre article dit que les biens sur lesquels l'hypothèque est assise doivent appartenir *actuellement* au débiteur, c'est-à-dire au moment de la convention.

Ainsi donc, l'hypothèque consentie sur un bien dont on n'est pas le maître ne peut nuire au véritable propriétaire. « Undè intelligitis contractum ejus nullum præ» judicium dominio vestro facere potuisse. » L. unic. au C. *Si comm. res.*

520. Mais que doit-on entendre par ces mots *appartenant à* dont se sert notre article?

La loi 181 D. *De verb. signif.* définit ainsi le mot *pertinere*, qui est le synonyme de notre verbe *appartenir*.

« Verbum illud *pertinere* latissimè patet. Nam et eis » rebus petendis aptum est quæ dominii nostri sint, et » eis quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint do» minii nostri. *Pertinere* ad nos etiam ea dicimus, quæ in » nullâ eorum causâ sint, sed esse possint (3). » Ce qui veut dire :

L'expression *appartenir* a un sens très-large, car elle s'applique aux choses qui sont dans notre domaine, de même qu'aux choses que nous possédons par quelque titre, quoiqu'elles ne soient pas à nous (comme l'usufruit, l'emphythéose, le droit de superficie); elle s'applique aussi aux choses que nous n'avons pas encore, mais que nous aurons, parce que nous avons une action pour

(1) Ad Pand. *Quæ res pignori*, n° 3.
(2) Basnage, Hyp., ch. 3.
(3) Nous avons vu ci-dessus, n° 468 *ter* et suiv., que l'on pouvait hypothéquer l'immeuble sur lequel on n'avait qu'un droit *suspendu* par une condition, ou *résolutoire*.

les obtenir. Tel est la paraphrase de cette loi, d'après les notes de Pothier (1).

521. Maintenant passons à une hypothèse qui nous rapproche de la question proposée.

Si celui qui n'était pas propriétaire d'une chose lorsqu'il l'a hypothéquée le devient *ex post facto*, pourra-t-il se prévaloir de la nullité originaire de l'hypothèque pour soutenir qu'elle ne peut produire d'effet au profit du créancier en faveur de qui il l'a consentie?

Il est certain qu'il ne le pourra pas : car il irait contre son propre fait, et il serait repoussé par l'exception de dol.

« Sed et si *filius familiâs*, patre suo relegato vel longo » tempore absente, dotem pro filiâ promiserit, *et rem pa-* » *tris pignori dedit...*, planè si patri hæres exstiterit, et » pignus persequatur, exceptione doli mali submove- » bitur. » L. 5, § 2, D. *ad S. C. maced.* (2).

Ces principes, que l'on trouve répétés dans les lois 41, D. *De pign. act.*, l. 5, C. *Si aliena res*, sont de tous les temps et de tous les lieux.

Le président Favre les développe avec force (3).

« Non potest debitor quæstionem dominii referre, quia » cùm convenerit ipse de pignore, arguit se de menda- » cio, si neget rem eo tempore suam fuisse, sive bonâ » fide illam possiderit, sive possidendi titulum habuerit; » ac ne ipsam quidem possessionem, ut Paulus subjicit » in fine hujus legis, tametsi, cùm rem pignori dabat, » non affirmaverit rem suam esse. Sufficit enim id tacitè » actum fuisse, ut pro certo et affirmato habeatur. »

Ainsi, lorsque le débiteur devenait propriétaire de la chose hypothéquée, quoiqu'il ne le fût pas lors de la constitution d'hypothèque, il se faisait ce que les inter-

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 558, n° 11. M. Merlin, Q. de Droit, v° Hyp., p. 433, col. 2.

(2) Pothier, Pand., t. 1, p. 559, n° 19.

(3) *Rationalia*, sur la loi 41, Dig., *De pignor. act.*

prètes, et notamment Balde, ont appelé *reconciliatio pignoris*, et il suivait de là que le créancier pouvait poursuivre la chose hypothéquée sur son débiteur.

Mais, pour y parvenir, il n'avait pas l'action *ordinaire* hypothécaire; car cette action n'était attachée qu'à une hypothèque valablement constituée *ab initio*. Il avait seulement, *ex æquitate*, l'action *utile* hypothécaire, qui produisait le même effet. « Confirmatur pignus, non quidem » directò, quia directi et *summi juris regula*, quæ à Catone » profecta est, obstat, *quæ vetat quod ab initio non valet* » *ex post facto convalescere*, et ideò neque pignus quod ab » initio non valet, ex post facto convalescit directò, *sed* » *convalescit utiliter*, hoc est, *pignoris persequendi gratiâ* » creditori datur adversùs debitorem, non quidem *ordinaria et directa* actio hypothecaria, *sed utilis et extraor-* » *dinaria, sive in factum, quæ eumdem effectum habet* (1). »

Dans l'ancienne jurisprudence française, où l'on ne faisait pas de distinction entre les actions utiles et les actions ordinaires, et où toutes les actions étaient fondées sur l'équité (2), le créancier jouissait du même droit que par le droit romain. Il pouvait faire exproprier son débibiteur de la chose que ce dernier lui avait donnée en hypothèque, sans en avoir été propriétaire à l'époque du contrat de prêt, pourvu que plus tard il en eût acquis la propriété (3), et ces principes sont aussi les seuls qu'on puisse, à mon avis, professer aujourd'hui. Je les trouve expressément consacrés dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 21 décembre 1832 (4).

522. Mais en sera-t-il de même si le débiteur, étant devenu propriétaire de la chose, l'a vendue à un tiers?

(1) Cujas, sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli.*

(2) Sed jus gallicum eò semper incurrit quod humanius est, benignius et æquius. Mornac, sur la loi 41, D. *De pign. act.*

(3) Basnage, Hyp., ch. 3.

(4) Dal., 33, 2, 152, 153. *Junge* mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n 236.

Alors le créancier pourra-t-il poursuivre son hypothèque entre les mains de ce tiers?

Cette question était controversée parmi les commentateurs du droit romain.

Le président Favre, renouvelant une ancienne opinion d'Accurse, soutient (1) que le créancier ne peut intenter l'action hypothécaire contre le tiers possesseur.

Mais presque tous les interprètes enseignent une opinion contraire. A leur tête se place Cujas (2).

Zazius, sur le titre *Qui potior in pignore vel hypoth.*, dit formellement : « Quid si hypotheca sit constituta à » non domino, à quo, posteà domino facto, alteri est » oppignorata? Nihilominùs erit potior posteriori, non » obstante quòd eidem à domino facta sit constituta hypo» theca; nam hoc ipso quod dominium posteà accedit, » confirmatur jus prioris. »

Voët, sur le même titre, n° 31, tient le même langage : « Quid si priori à non domino pignus devinctum sit, pos» teriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino » facto, adhùc prior potior est, eò *quòd ipso primo acqui» siti dominii momento firmatum priori fuit pignoris jus* (3)? »

Citons encore Corvinus dans ses énarrations sur le C. *Si aliena res*, etc. (4).

« Creditori... actio dabitur contrà debitorem et eos qui » à debitore causam habent.

« *Contrà debitorem*, quia si hâc defensione uti velit, » quòd tunc cùm pignoravit non fuit dominus, venit » contrà factum suum, et doli mali replicatio ei obstabit » (l. 21, § 1 *De pignor., et hypoth.*) : arguetur enim de » mendacio suo, quia rem quasi suam pignoravit.

« *Contrà eos qui à debitore causam habent*, quia debent » auctoris sui jure niti. » (L. nemo 54, D. *De reg. juris.*)

(1) *Rationalia, loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*

(3) V. aussi le n° 4 de son Comm. sur le tit. du Dig., *Quæ res pign.*, etc.

(4) P. 631, col. 1.

Cette opinion paraît en effet fondée sur les lois les plus formelles.

La loi 41, D. *De pignor. act.*, dit : « *Rem alienam* pi» gnori dedisti : deindè dominus rei ejus esse cœpisti. » Datur utilis actio pignoratitia creditori. »

Et tous les auteurs font remarquer que ce que Paul appelle ici *utilis pignoratitia* n'est pas l'action personnelle *pignoratitia* dont il est question au D. au tit. *De pignor. act.;* mais l'action utile hypothécaire, c'est-à-dire une action persécutoire de la chose (1).

La loi 5, au C. *Si aliena res*, n'est pas moins formelle. « Cùm res, quæ necdùm in bonis debitoris est, pignori » data ab eo, posteà in bonis ejus esse incipiat : *ordina-* » *riam* quidem actionem super pignore non competere, » manifestum est : sed tamen æquitatem facere, ut facilè » *utilis persecutio*, exemplo pignoratitiæ detur (2). »

Or, si les lois donnent au créancier une action hypothécaire *rei persecutoria*, il s'ensuit que c'est pour poursuivre la chose sur des tiers, et non pas seulement sur le débiteur lui-même (3). Aussi Cujas (4) traite-t-il de frivole l'opinion d'Accurse, qui pense que l'action doit être donnée seulement contre le débiteur, et non pas contre les tiers possesseurs. « Hoc satis est ; nec (quasi in hanc » rem *Accursii nugas*) puta id non probanti creditori dari » hypothecariam in debitorem, non in extraneum posses» sorem. Datur enim hypothecaria in utrumque, in quem» libet possessorem, sed utilis, ut dixi, non directa. » Ces paroles sont si graves, que je crois devoir y insister en les traduisant : « En voilà assez sur cette question. Et ne

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note *h*. Cujas, *loc. cit.*, etc.

(2) Pourquoi l'action utile et pas l'action ordinaire? Parce que l'action directe ne peut découler que d'une hypothèque valablement constituée, au lieu qu'il s'agit ici d'une hypothèque constituée *à non domino* (Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note *f*).

(3) Les lois 9, § 3, Dig., *De pignorib.*, et 4, Dig., *Ad S. C. Maced.*, en contiennent d'ailleurs la preuve positive. (Pothier, Pand., t. 1, p. 560. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 428.)

(4) Quæst. de Paul, lib. 3, l. 41, Dig., *De pign. act.*

» croyez pas (comme le veut Accurse dans ses gloses » frivoles) que le créancier qui ne prouve pas qu'au temps » de la convention la chose était à son débiteur, n'ait » l'action hypothécaire que contre le débiteur, et pas » contre le tiers possesseur. Car il a cette action contre » les tiers. Mais ce n'est que l'action utile (1). »

523. Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française. Il existe à cet égard un arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1601. Guillaume Marchand, tuteur d'Anne Marchand, sa fille, engagea à un de ses créanciers une maison appartenant à cette dernière. Mais plus tard ayant succédé à sa fille, il fut question de savoir si, au moyen de son adition d'hérédité, l'hypothèque était convalidée. On jugea l'affirmative entre le sieur de Serizy d'une part, et le sieur Chauvin de l'autre (2).

524. Pourquoi cette décision et celle des lois romaines ne trouveraient-elles pas leur application sous le Code Napoléon?

Il est certain que l'ayant-cause ne peut être de meilleure condition que son auteur. Or, ce dernier ne pourrait résister à l'action hypothécaire intentée contre lui : je l'ai démontré tout à l'heure: il ne le pourrait pas sans alléguer son mensonge et s'accuser de stellionat, ou, s'il était de bonne foi, sans manquer à des engagements d'honneur, et qu'il est en son pouvoir de remplir. Il invoquerait d'ailleurs un moyen de nullité, qu'il est obligé de garantir. Enfin c'est une maxime constante que, *confirmato jure dantis*, *confirmatur jus accipientis*.

Mais si l'on peut raisonner ainsi contre le débiteur, ne peut-on pas proposer les mêmes arguments contre son *ayant-cause*, qui tient de lui son titre de propriété, et qui ne peut avoir des droits plus étendus!

(1) M. Merlin a donné des autorités différentes, mais également positives. Q. de Droit, Hyp, p. 423.

(2) Automne, Conf. du droit français avec le droit romain. Sur la loi 22., D., *De pign. act.* Bouguier, p. 182, éd. de 1738. Merlin, *loc. cit.*, p. 443, 444.

A l'époque à laquelle cet acquéreur a contracté, la propriété était déjà consolidée; l'hypothèque avait acquis toute son efficacité. Elle grevait l'immeuble vendu du même poids que si elle eût été expressément ratifiée. L'acquéreur est donc non recevable à présenter contre elle des moyens de nullité, parce que d'une part ces moyens de nullité sont couverts, parce que de l'autre sa qualité d'ayant-cause lui fait une loi d'y renoncer, de même que son auteur y était obligé. Il a reçu l'immeuble avec le droit du créancier hypothécaire déjà raffermi : est-il possible qu'il s'en affranchisse en faisant valoir des moyens qui étaient anéantis dans la main de son auteur? « Quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus » eorum obstabit (1). » Plerùmque emptoris eadem esse » causa debet, circà *petendum* et *defendendum* quæ *fuit* » *auctoris* (2). »

En un mot, quelle que soit l'hypothèque, examinée en elle-même et dans sa source, ce n'est pas à l'acquéreur qu'il appartient de la critiquer. Encore une fois, il y est non recevable.

Je trouve même qu'il y a plus de raison pour le décider ainsi sous le Code Napoléon que sous l'ancienne jurisprudence. Car aujourd'hui que les inscriptions font tout connaître aux tiers, ils ne peuvent plus se plaindre de surprise. En achetant du vendeur *déjà devenu propriétaire de la chose*, ils ont dû savoir qu'elle était hypothéquée. Et quoique cette hypothèque ait été consentie à une époque où le vendeur n'était pas encore maître de l'immeuble, ils n'ont pas dû ignorer la maxime « *confirmato jure* » *dantis, confirmatur jus accipientis.* »

524 *bis*. Ce que je dis d'un acquéreur s'applique évidemment à un créancier hypothécaire, à qui l'hypothèque

(1) L. 143, Dig., *De reg. juris*. On verra, *infrà*, n° 530, que ce principe s'applique non-seulement aux successeurs universels, mais encore aux successeurs à titre particulier.

(2) L. 1, 56, § 3. *De reg. juris*.

n'a été consentie *que depuis* que la propriété s'est consolidée sur la tête du débiteur (1).

Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour de Bruxelles du 11 juin 1817 (2). Demunter acquiert par acte public un moulin et ses dépendances. Son père s'empare de cette acquisition, se fait inscrire comme en étant propriétaire au rôle des contributions, fait des constructions comme un maître véritable. Il consent des hypothèques en 1811, et ce n'est qu'en 1812 qu'il se fait donner par son fils un titre légal de propriété.

Devenu réellement propriétaire de la chose, il créa de nouvelles hypothèques. L'immeuble dont il s'agit ayant été vendu, le prix en fut distribué. Alors les créanciers hypothécaires de 1812 prétendirent que les hypothèques créées en 1811 étaient nulles comme constituées *à non domino*. Au contraire, les créanciers hypothécaires de 1811 se défendirent en invoquant les dispositions du droit romain, les lois 41, *Dig., De pign. act.;* 5 *C. Si aliena res;* 2, § 1, *Dig., Qui potior*, etc.

Mais leur système fut proscrit par la cour de Bruxelles.

« Attendu (dit l'arrêt) que d'après les principes établis par le Code civil, une hypothèque conditionnelle » ne peut être consentie que sur des biens appartenant au débiteur, d'où il suit que les inscriptions des » 27 novembre et 16 décembre 1811 sont nulles et inopérantes, etc. »

M. Merlin a réfuté cet arrêt avec des moyens accablants, auxquels il suffit de renvoyer. Contentons-nous de dire que l'art. 2129 ne porte rien qui soit de nature à justifier la décision de la cour de Bruxelles. Car il ne s'agissait pas, à vrai dire, de l'hypothèque sur une chose d'autrui, mais d'une hypothèque sur une chose déjà entrée dans le domaine du débiteur, d'une hypothèque ratifiée par la consolidation de la propriété sur la tête de ce dernier,

(1) L. 11, § 10, Dig., *De except. rei judicatæ.*

(2) Merlin, Quest. de Droit, Hyp., p. 444. Dal., Hyp., p. 193.

d'une hypothèque enfin qui, au moment où on l'attaquait, grevait une propriété actuellement appartenant au débiteur.

M. Grenier, qui a écrit sans connaître l'arrêt de la cour de Bruxelles, professe cependant une opinion conforme (1). Mais sur quoi se fonde-t-il pour repousser l'influence des lois romaines et de l'ancienne jurisprudence? Sur ce que « on supposait une convention tacite, d'a-» près laquelle celui qui consentait hypothèque sur la » chose qui ne lui appartenait pas, était censé l'avoir » ainsi voulu, dans l'idée qu'il en deviendrait ainsi pro-» priétaire, » sur ce qu'en outre « on se basait essentiel-» lement sur l'effet et l'étendue qu'avait alors l'hypothè-» que générale, puisqu'elle portait sur les biens à venir » comme sur les biens présents. »

Je ne sais où M. Grenier a vu que les lois romaines supposaient la convention *tacite* (2) dont il parle. On a vu ci-dessus les raisons qui prouvent que c'est dans d'autres motifs qu'il faut puiser les principes du droit romain sur la ratification de l'hypothèque, au cas dont nous parlons. Quant à ce que dit M. Grenier, qu'on se laissait diriger par les principes de l'hypothèque générale, le contraire résulte précisément de la loi 15, § 1. *Dig. de pign. et hyp.*, qui prend bien soin de remarquer la différence qu'il y a entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale pour la constitution de l'hypothèque sur la chose d'autrui.

M. Grenier pense que le mot *actuellement* a été mis dans notre article pour faire disparaître les inductions qu'on aurait pu tirer des lois romaines. Mais convenons qu'alors le législateur s'y serait bien mal pris. Car son mot *actuellement* ne fait que rappeler le principe des lois

(1) T. 1, nos 51.

(2) La loi 7, § 1, Dig., *Qui potior*, parle d'une hypothèque constituée sur la chose d'autrui *quand elle m'appartiendra, si in dominium meum pervenerit;* mais la condition est ici *expresse*, et non *tacite*.

romaines « *que, pour donner hypothèque spéciale, il faut » être propriétaire de la chose au moment de la conven- » tion.* » Or, nous avons vu que les lois romaines, malgré ce principe, considéraient l'hypothèque comme valable, lorsque le débiteur devenait *ex post facto* propriétaire de la chose. Le mot *actuellement* n'est donc pas un obstacle à ce qu'on arrive à une pareille solution sous le Code Napoléon.

J'ajoute que M. Grenier insiste beaucoup sur ce motif que l'hypothèque doit être stable dès son origine et basée sur la certitude que la propriété réside sur la tête du débiteur. Mais cette raison ne manque-t-elle pas dans les obligations conditionnelles, dans le cas où celui qui a créé l'hypothèque n'avait sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou dépendant de l'événement d'une condition résolutoire qui affecte l'immeuble dans les mains d'un tiers (1), enfin dans les hypothèques consenties *à non domino* et ratifiées ensuite par le véritable propriétaire (2)?

La solution que j'embrasse ne contrarie ni le principe de *la publicité* ni celui de *la spécialité*. On ne peut concevoir le scrupule *catonien* (3) qui la ferait condamner, lorsque, ne blessant aucun intérêt et n'étant pas une source de fraude, elle assure des conventions faites de bonne foi (4).

(1) *Suprà*, nos 468 *ter* et suiv.

(2) *Infrà*, n° 527.

(3) On connaît la règle de Caton: *Quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*. Mais dans combien de cas cette règle ne se trouve-t-elle pas en défaut? V. Répert., *Règle de Caton*.

(4) Le système contraire à celui que je défends peut s'appuyer d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 24 janvier 1833 (Dal., 33, 2, 153.). V. aussi Nancy, 30 mai 1843 (Sirey, 43, 2, 547). Cependant la décision de la cour de Bordeaux n'est pas exempte d'obscurité. Elle paraît acquiescer en droit au système de M. Merlin, qui est aussi le mien; mais en fait, elle l'abandonne, sous des prétextes qui me semblent peu concluants. La cour de Metz s'est, au contraire, très-nettement prononcée en faveur de ce système, par arrêt du 20 avril 1836 (Sirey, 38, 2, 167).

524 *ter*. Quelques auteurs anciens ont avancé que le créancier ne pouvait exercer l'action hypothécaire, qu'autant que le débiteur qui avait hypothéqué une chose qui ne lui appartenait pas encore, la possédait au moins de bonne foi. Tels sont Accurse et autres glossateurs. Mais c'est encore une de ces opinions que Cujas (1) qualifiait de *nugæ*. « Nec (quasi in hanc rem Accursii nugas) » puta,... ut idem Accursius ait, dari hypothecariam, si » tempore conventi pignoris debitor eam rem bonâ fide » possidebat, quoniam, propter bonam fidem, eo tempore » quodam modo in bonis debitoris fuisse intelligitur ; non » si eam rem malâ fide possidebat. Nam et hoc rejiciendum est : quia utroque casu verius est creditori, confirmato pignore acquisitione dominii, dari utilem hypothecariam adversùs debitorem qui eam possidet, *quasi* » *retroacta pignoris confirmati causa, ad tempus conventionis.* »

525. Avant de terminer sur ce point, je dois parler d'une question qui a fort agité les interprètes : plusieurs ont voulu que notre décision fût limitée au cas où le créancier ignorait que la chose hypothéquée n'appartenait pas à son débiteur. Mais ils ont pensé que, lorsqu'il savait qu'elle ne lui appartenait pas, il ne pouvait exercer l'action hypothécaire.

D'autres ont décidé, au contraire, que le créancier pouvait se prévaloir de son hypothèque, soit qu'il ignorât, soit qu'il connût que son débiteur n'était pas propriétaire.

C'est un mot de Papinien qui a donné lieu à ces graves débats.

La loi 1, au D. *De pignorib. et hypoth.*, tirée du livre XI de ses Réponses, porte ce qui suit :

« In speciem autem alienæ rei collatâ conventione, » si non fuit ei qui pignus dabat debita, posteà debitori » dominio quæsito, *difficiliùs* creditori qui non ignora-

(1) Q. Pauli, liv. 3, leg. 41, Dig., *De pign. act.*

» vit alienum utilis actio dabitur, sed facilior erit pos-
» sidenti retentio. »

Noodt, Pothier, Cujas ont pensé que le mot *difficiliùs* devait être pris dans un sens tout à fait négatif (1).

D'autres croient que le créancier peut, à la vérité, exercer son action contre le débiteur, mais non pas contre les tiers possesseurs (2). D'où il suit, ajoutent-ils, que Papinien a eu raison de dire que l'action doit être plus difficilement accordée que la rétention de la chose. Car le créancier peut retenir envers et contre tous la chose dont il est saisi (3). Mais il ne peut la réclamer par son action que contre le débiteur seul.

D'autres enfin, tels que Voët, Corvinus, etc., soutiennent que l'action peut être exercée non-seulement contre le débiteur, mais encore contre les possesseurs, *qui causam ab eo habent.*

On peut voir Corvinus sur le tit. du C. *Si aliena res.*

Quant à Voët, il prouve par les lois 6, C. *De act. empt.;* 1, § 9, D. *De postulando;* 8, D. *De collat.*, et par le § 2 du T. *De usu et habit.* des *Inst.*, que le mot *difficilis* ou *difficiliùs* n'a pas la signification que lui donnent Noodt, Pothier, etc.; qu'il n'exprime pas une négation; que dans la loi 1, au *Dig. de pign. et hypoth.*, Papinien s'en sert pour marquer une différence entre l'action et le droit de rétention; qu'en effet, le droit de rétention est plus étendu que l'action. Car le créancier opposera à tout le monde indistinctement son droit de rétention. Mais il ne pourra poursuivre par l'action hypothécaire que le déteur ou ses ayants-cause.

Et en effet, poursuit Voët, pourquoi les ayants-cause ne seraient-ils pas tenus? « Causam à debitore habent (4). »

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note *k*. Cujas. Réponses de Papinien, liv. 11, loi citée.

(2) Balde, sur la loi 1, Dig., *De pign. act.* Godefroy, idem.

(3) Dans le droit romain, il arrivait souvent que la chose hypothéquée fût livrée au créancier.

(4) *Quæ res pignori*, n° 4.

Je crois, avec M. Merlin, que cette interprétation de Voët est la meilleure. Elle est fondée sur les véritables principes, et l'on ne conçoit pas comment la maxime *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis* pourrait être paralysée dans son application par la circonstance que le créancier savait, lors de la constitution de l'hypothèque, que la chose n'appartenait pas au débiteur. Les tiers possesseurs qui ont connu l'hypothèque inscrite du créancier, lorsqu'ils ont acheté de son débiteur devenu propriétaire de la chose, feraient preuve d'une mauvaise foi bien plus caractérisée en élevant des difficultés.

Qu'on jette les yeux sur les lois 17, D. *De fundo dotali*, et 42, *De usucapionibus*, dont s'appuie Voët, et après lui M. Merlin, et on verra si elles ne viennent pas fortifier par des arguments irrésistibles la doctrine à laquelle nous nous rangeons.

Par le droit romain, comme par le droit français, le fonds dotal était inaliénable. Eh bien! les deux lois citées décident que si le mari a vendu le fonds dotal de sa femme à un particulier *scienti vel ignoranti rem dotis esse*, la vente est validée si la dot vient à être gagnée par le mari : *Si tota dos lucro marito cessit.*

Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas d'une hypothèque?

Et c'est avec raison que M. Merlin se livre aux réflexions suivantes :

« Qui est-ce qui pourrait opposer au créancier la con-
» naissance qu'il avait de la non-propriété du débiteur,
» lorsqu'il a accepté de lui une hypothèque?

» Serait-ce le débiteur lui-même? Il n'y serait pas re-
» cevable, parce que nul ne peut exciper de son dol per-
» sonnel.

» Serait-ce un tiers à qui le débiteur aurait vendu ou
» hypothéqué le bien depuis qu'il est devenu proprié-
» taire? Il n'y serait pas fondé, parce que son titre se
» référerait nécessairement à une époque où l'hypothèque

» du créancier aurait acquis toute son efficacité contre le » débiteur, et que le débiteur n'eût pas pu, en cet état, » transférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même. » L. 3, § 1, D. *De except. rei vend.* (1).

526. Je viens de mettre le créancier hypothécaire en présence du débiteur en la personne de qui s'est consolidée la propriété de la chose hypothéquée, et de ses ayants-cause ; j'ai établi que son hypothèque devait être maintenue à leur égard.

Mais opposons-le à un autre créancier hypothécaire qui tiendrait ses droits *non du faux propriétaire*, mais *du véritable propriétaire*.

Par exemple, Titius hypothèque à Mævius le fonds Cornélien, qui appartient à Servius. Servius, qui ignore cela, donne une hypothèque sur le même fonds à Sempronius ; postérieurement Titius acquiert de Servius le fonds Cornélien. L'hypothèque donnée à Mævius à une époque où Titius n'était pas encore propriétaire sera validée. Mais le sera-t-elle au préjudice de Sempronius, qui tient son droit du véritable propriétaire ?

Il faut répondre sans hésiter que non.

Car Servius, en ratifiant formellement l'hypothèque donnée sur son bien par Mævius, n'aurait pu donner à cette ratification un effet rétroactif au préjudice de Sempronius (2).

Il ne peut donc faire, par la vente qu'il opère du fonds Cornélien, que l'hypothèque de Sempronius soit primée par celle de Mævius.

Et c'est alors que Sempronius sera fondé à dire que l'hypothèque de Mævius est nulle à son égard, comme *constituée à non domino ;* c'est alors qu'il pourra invoquer le principe que, pour donner une hypothèque spéciale valable, il faut être propriétaire de la chose. Aucune exception ne pourra lui fermer la bouche, parce qu'il ne

(1) Q. de Droit, v° Hyp., p. 437, col. 1.
(2) *Suprà*, n° 496. Pothier, Orléans, t. 20, n° 23.

tient pas ses droits du débiteur. Si on lui oppose qu'il a dû connaître l'inscription de Mævius, lorsqu'il a contracté, il répondra qu'il a été fondé à considérer comme un titre vain et inutile une inscription prise par un individu non créancier du propriétaire, en vertu d'une hypothèque consentie par un individu non propriétaire de la chose. Et dès lors, on ne pourra lui faire aucun reproche de n'en avoir pas tenu compte.

527. Je passe maintenant à une nouvelle hypothèse, et je demande ce qu'on doit décider lorsqu'une hypothèque étant constituée par un débiteur sur un bien dont il n'est pas propriétaire, le véritable propriétaire vient à hériter du débiteur *ex post facto*.

L'hypothèque est-elle validée au regard de cet héritier, qui ne fait plus qu'une seule et même personne avec celui qui a constitué l'hypothèque?

Il existe sur cette question une célèbre antinomie dans le corps de droit.

Paul, dans la loi 41, D. *De pign. act.*, soutient que l'hypothèque est sans effet.

Au contraire, Modestin, dans la loi 22, D. *De pignorib. et hypothecis*, veut qu'on accorde une action utile au créancier (1).

Les docteurs se sont épuisés en vains efforts pour concilier deux décisions aussi contraires. Leurs opinions sont consignées, avec des réflexions critiques, dans l'ouvrage de *Nicolas de Passeribus* intitulé : *Conciliatio legum* (2). On y verra figurer, comme dans une vaste galerie, Accurse, Bartole, Salicet, Conanus, Doneau, Balduinus, Charondas, Fulgosius, Vultejus, Alciat, Duaren, Cujas, Hotomanus, Costalius, et autres que je passe sous silence (3); car j'en ai assez nommé pour faire voir de combien de veilles ces deux lois ont été l'objet.

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 560, n° 20.
(2) P. 225.
(3) *Adde Voët, Quæ res pignori*, n° 5. Favre, Conject., lib. 20, cap. 17. *Rationalia*, l. 41, *De pign. act.*

Quoi qu'il en soit, il faut convenir franchement, avec Cujas (1), qu'il y a antinomie ; que Paul ne fait qu'émettre l'opinion reçue de son temps; mais que Modestin, qui lui était postérieur, a fait remarquer (dans son livre des *différences* entre la nouvelle et l'ancienne jurisprudence, duquel est tirée la loi 22, D. *De pignorib.*) que l'opinion de Paul était abandonnée; qu'enfin c'est à la décision de Modestin qu'on doit s'en tenir, comme exprimant le dernier état des choses.

L'opinion de Modestin est en effet plus conforme à l'équité, qui est d'un aussi grand poids dans la jurisprudence française, et même aux véritables principes sur l'acceptation de l'hérédité.

En effet, l'héritier qui accepte est censé ratifier tous les actes du défunt; il se les approprie, il en devient garant; il doit par conséquent les accomplir lorsque cela est en son pouvoir.

A la vérité, le président Favre (2) a émis une opinion contraire.

Il soutient qu'on ne peut opposer à l'héritier le fait de son auteur que pour repousser, par l'exception *quem de evictione*, etc., l'action que cet héritier intente contre le fait même de son auteur; mais qu'il en est autrement lorsque l'héritier, au lieu d'être acteur, n'est que défendeur. On ne peut, dit-il, le contraindre à exécuter un contrat stipulé par son auteur à son préjudice.

Mais son opinion a été réfutée par Mornac (3) ; et en effet, de ce que l'héritier doit garantir tous les faits de son auteur, il s'ensuit qu'il lui est défendu d'invoquer le défaut de propriété de celui-ci. Car son auteur n'aurait pu se prévaloir lui-même de ce moyen sans alléguer son dol, sans se mettre en contradiction avec lui-même. L'héritier ne peut donc être de meilleure condition ; il doit entretenir tous ses faits et remplir toutes ses promesses.

(1) Observ., l. 19, ch. 26.
(2) Conject., lib. 20, c. 17. *Rationalia*, l. 41, *De pig. act.*
(3) Sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*

Il a ratifié, en se portant comme héritier, toutes ses obligations et les a prises pour son compte. N'est-il pas certain que, s'il ratifiait *expressément* l'hypothèque donnée sur son bien par le débiteur non propriétaire, cette hypothèque serait valable? Pourquoi donc ne voudrait-on pas qu'elle le fût par le fait de la ratification tacite qui résulte de l'adition de l'hérédité? Telle est aussi l'opinion de M. Merlin (1). On trouvera dans sa dissertation la dialectique la plus pressante réunie à la plus solide érudition (2).

528. Il résulte des principes enseignés ci-dessus que l'hypothèque qui serait consentie sur un domaine dont on n'est pas propriétaire, mais sous la condition qu'on en deviendra propriétaire ultérieurement, est valable (3).

Les lois romaines le décidaient ainsi, quoique l'hypothèque spéciale consentie purement et simplement ne pût, à Rome comme chez nous, être constituée que sur un bien dont on était propriétaire au moment de la convention. *Aliena res*, dit Martianus, dans la loi 16, § 7, *De pign. et hyp.*, *utiliter potest obligari sub conditione*, si debitoris facta fuerit (4).

On objectera peut-être ce que j'ai dit ci-dessus (5), savoir, que le débiteur peut se plaindre de la clause en vertu de laquelle il a hypothéqué *ses biens à venir*, et la faire déclarer non écrite.

Mais ce cas est bien différent de celui que j'examine en ce moment. Lorsqu'on hypothèque *ses biens à venir*, il

(1) Q. de Droit, Hyp., p. 440, col. 1. Voy. mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n° 236.

(2) Mais si avant l'ouverture de la succession, des hypothèques avaient été consenties sur l'immeuble par celui qui en était le véritable propriétaire, il est certain qu'elles devraient être préférées à celle qu'avait donnée *le faux propriétaire*.

Ici s'appliqueraient les motifs énoncés dans le n° 526 *suprà*.

(3) L. 7, § 1, Dig., *Qui potior*. Huberus, sur le tit. du Dig., *Quæ res pignor.*, n° 2.

(4) Pothier, Pand., t. 1, p. 558, n° 13.

(5) N° 515.

cesse d'y avoir spécialité, et la loi est violée dans ses dispositions fondamentales.

Au contraire, dans le cas actuel, il y a *spécialité;* l'immeuble est indiqué, on sait que c'est sur lui que s'asseoira l'hypothèque, si le cas de la condition vient à se réaliser.

Cette condition, si *debitoris facta fuerit,* est sous-entendue dans tous les cas où le droit du débiteur sur la chose est *suspendu* par une condition, et dont nous avons parlé ailleurs (1).

529. Puisque j'ai déjà traité de ce qui tient à l'hypothèque sur la chose d'autrui, je dois, pour terminer sur ce point, examiner une question qui n'en est devenue une que depuis que M. Toullier a cru devoir combattre une opinion unanimement admise, avant et depuis le Code Napoléon.

Quel doit être le sort d'une hypothèque consentie par acte authentique sur un bien qu'un tiers soutient lui avoir été vendu *antérieurement* par un acte sous seing privé qu'il représente, mais qui n'a pas acquis de date certaine?

Par exemple, A donne à B une hypothèque sur le fonds Cornélien en vertu d'un acte authentique du 20 décembre 1826. Tout à coup C se présente armé d'un acte sous seing privé du 1er décembre 1826 non enregistré, duquel il résulte que A lui a vendu le fonds Cornélien, et il soutient que l'hypothèque de B est nulle comme constituée sur la chose d'autrui.

Jusqu'à présent on avait pensé que l'acte sous seing privé sans date certaine dont C se prévaut ne pouvait prévaloir sur l'acte authentique de B.

Mais M. Toullier a cru devoir enseigner une doctrine contraire (2). Il soutient que, d'après l'article 1323 du Code Napoléon, l'acte sous seing privé, reconnu par celui

(1) Nos 468 *ter* et suiv.
(2) T. 10, *Additions*.

auquel on l'oppose, a, entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers ou ayants-cause, la même foi que l'acte authentique; que B et C sont tous deux les ayants-cause de A; et que, par conséquent, l'acte sous seing privé passé entre A et C fait foi de sa date contre B, de même que s'il était authentique. Car ce n'est qu'à l'égard des tiers, *penitùs extraneos*, que l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date que du jour de l'enregistrement (1328 du Code Napoléon).

M. Toullier combat à la fois, dans sa longue dissertation, et M. Merlin et M. Ducaurroy, et il déploie contre ce dernier une mauvaise humeur et un dédain qui ne sont pas dignes du talent, presque toujours large et substantiel, du professeur de Rennes.

Il y a, sans doute, du vrai dans ce que dit M. Toullier. Ses définitions sont justes, et elles sont conformes à tout ce que les docteurs ont sans cesse enseigné. Seulement, il en fait une mauvaise application; et, en se croyant l'écho des autorités les plus anciennes, il ne s'aperçoit pas qu'il est au contraire directement combattu par elles. Pour le prouver, je ne remonterai pas à l'établissement de la propriété, comme il le fait; mais j'invoquerai les lois romaines et les auteurs anciens, qui, à ma connaissance, ont écrit sur la question.

530. Cependant je dois, avant tout, poser les principes de la matière.

C'est une vérité qui est proclamée avec raison par M. Toullier, que le successeur ou ayant-cause ne peut être de meilleure condition que son auteur. « Qui in jus » dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet (1). » « Non debeo melioris conditionis esse, quàm auctor » meus, à quo jus ad me transiit (2). » « Quod ipsis qui » contraxerunt obstat, et successoribus eorum obsta- » bit (3). »

(1) L. 177, Dig., *De reg. juris.*
(2) L. 175, § 1, Dig., *De reg. juris.*
(3) L. 143, Dig., *De reg. juris.* Pothier, Pand., t. 3, p. 886, n° 1457.

Et remarquez que cette règle ne s'applique pas seulement aux successeurs universels, mais encore aux successeurs à titre singulier; qu'elle ne s'applique pas seulement aux héritiers, mais encore à ceux qu'on comprend sous la dénomination d'*ayants-cause* (1), c'est-à-dire à ceux qui succèdent à titre de donation, legs, acquisition, échange, etc. (2).

C'est pourquoi les interprètes ont dit avec raison que le cessionnaire est l'*image* du cédant (3).

Or, puisque l'ayant-cause représente son auteur, puisqu'il se sert de son droit, il s'ensuit que les actes souscrits par ce dernier lient l'ayant-cause comme lui-même. L'art. 1322 n'est que le corollaire de règles de droit incontestables.

Mais faisons bien attention à une chose : c'est que l'ayant-cause ne représente son auteur que dans les choses et les droits qu'il tient de lui; *in quantùm causam habet*, dit Dumoulin (4). Autrement, il est ce que Dumoulin appelle avec raison *penitùs extraneus*.

Voyez, en effet, la loi 156, § 3, D. *De reg. juris;* elle porte : « *Plerùmque emptoris eadem causa esse debet, circà* » *petendum et defendendum, quæ fuit auctoris.* »

Elle se garde bien de dire que l'acheteur représente *toujours* le vendeur. Elle dit qu'il ne le représente que le plus souvent, *plerùmque*. Il y a donc des cas où il ne le représente pas.

On voit, en effet, par l'art. 941 du Code Napoléon, que l'acquéreur peut attaquer, *pour défaut de transcription*, l'acte de donation fait par son vendeur.

(1) Ferrières, v° Ayant-cause. Furgole, ord. de 1731, art. 30. Répert., id. Pothier, Oblig., n° 67. Ce mot est employé dans les articles 137, 941, 966, 1319, 1322, 1323, 1340, 1365 du Code Napoléon.

(2) Ce mot ne signifie cependant pas toujours un successeur particulier; par exemple, dans l'art. 941 du Code Napoléon.

(3) Olea, *De cessione jurium*.

(4) Cout. de Paris, art. 5, § 10.

On voit aussi, par l'art. 1321, tel que la jurisprudence l'a interprété (1), qu'une contre-lettre, faite entre un vendeur et un acquéreur, n'a pas d'effet contre le second acheteur, qui tient ses droits du premier acquéreur souscripteur de la contre-lettre. Quoiqu'il soit son ayant-cause, il est tiers sous le rapport de la contre-lettre.

On verra plus bas (2) que ce qui est *quasi-contrat* à l'égard des acquéreurs du débiteur, ne l'est pas à l'égard du débiteur lui-même (3).

Il suit de ceci une conséquence importante, c'est que le même individu peut, sur un point, être l'ayant-cause d'une personne, et ne l'être pas sur un autre point; en un mot, qu'il peut, suivant les intérêts qu'il fait valoir, être tantôt un ayant-cause, tantôt un tiers (4).

C'est ce qui a lieu dans l'espèce que je discute, et c'est ce que M. Toullier s'obstine à ne pas voir.

En effet, B et C sont bien les ayants-cause de A, en ce sens que tous deux tiennent de lui les droits réels dont ils se prévalent; car, si on leur contestait ces droits, ils devraient, l'un et l'autre, argumenter du droit de A, qui est la source commune du leur. Mais, en ce qui concerne la date du titre de l'un et de l'autre, ils sont des tiers, *penitùs extranei;* le titre passé entre A et B ne sert nullement de fondement aux droits de C; de même l'acte passé entre A et C est étranger à B, qui n'a pas besoin d'en argumenter pour justifier sa prétention.

Lorsque B a accepté hypothèque sur l'immeuble, il a sans doute accepté aussi toutes les charges qui s'y trouvaient avant la sienne; et, comme ayant-cause de A, il est censé avoir promis de les respecter. Mais c'est à la condition qu'elles seront antérieures à son hypothèque, ainsi que le décide très-bien la loi 11, § 10, Dig., *De*

(1) *Infrà*, n° 536.
(2) N° 550.
(3) V. aussi n° 568.
(4) Grenier, t. 2, p. 132.

except. rei judicatæ (1). Or, B est toujours tiers à l'égard de A, pour veiller à ce que celui-ci n'altère pas le droit qu'il lui a transmis par des antidates, par des simulations. On sent que B, loin d'être à cet égard l'ayant-cause de A, est, au contraire, son adversaire. Ceci étant admis, il s'ensuit que lorsque C se présente avec un acte de vente émané de A, B est fondé à lui demander qu'il prouve que cet acte est antérieur au sien ; il a le droit de répudier cet acte, qui n'a pas de date certaine, et de dire à C : « Je ne serais ayant-cause de A, en ce qui vous concerne, » qu'autant que votre droit serait *antérieur* au mien. » Vous tournerez donc dans un cercle vicieux, tant que » vous ne produirez pas un titre ayant date certaine (2). »

Qu'a donc voulu dire l'art. 1322, en disant que l'acte sous seing privé, reconnu par ceux qui l'ont souscrit, a, entre ceux-ci et leurs ayants-cause, la même foi que l'acte authentique?

Cet article a voulu parler du titre commun, qui sert de fondement au droit de ceux qui l'ont souscrit et de leurs successeurs et ayants-cause. Les ayants-cause dont il s'occupe sont ceux qui sont obligés de remonter à l'acte même, comme à la source de leurs droits.

Par exemple, A vend à B, par acte sous seing privé non enregistré, le fonds Cornélien, se réservant une servitude de passage.

Plus tard, B vend le même immeuble à C par acte authentique, avec stipulation qu'*il est franc et quitte.*

A, voulant exercer son droit de passage, est inquiété par C. Alors il lui montre son titre sous seing privé, qui lui réserve son droit de passage. C sera-t-il fondé à critiquer la date de cet acte ?

Nullement. Car, en combattant cet acte, il combattrait son propre droit : c'est cet acte seul qui rend B propriétaire, et il est palpable que s'il demeure sans force, C ne

(1) Rép., v° Opposition tierce.
(2) V. n° 532.

sera plus légitime propriétaire, B ne pouvant lui avoir transmis plus de droits qu'il n'en avait lui-même. C étant donc forcé de s'appuyer de l'acte sous seing privé dont il s'agit pour justifier la propriété de son auteur, devra le prendre tel qu'il est, et il fera foi contre lui. Voilà le sens de l'art. 1322. C'est celui que lui donnent M. Merlin (1) et M. Grenier (2). On aperçoit que M. Toullier, ordinairement si exact, fait confusion de choses qui doivent être soigneusement distinguées.

531. Prouvons maintenant que l'opinion de M. Toullier est nouvelle et isolée, quoiqu'il se fasse illusion au point de croire que c'est celle des jurisconsultes de tous les âges.

On sait, comme je l'ai dit ci-dessus (3), que, par le droit romain, l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'y était requise que pour la preuve.

Supposons donc que A eût hypothéqué le fonds Cornélien à B, par acte sous seing privé du 1er janvier, et que, le 15 janvier, il eût hypothéqué à C le même fonds par acte authentique.

Sans doute que les lois romaines, d'accord avec M. Toullier, vont décider que l'hypothèque de B doit l'emporter sur celle de C.

Eh bien! c'est tout le contraire. La loi 11, au C. *qui potior in pignore*, porte, *in terminis*, que l'hypothèque de C est préférable.

« Sin autem jus pignoris vel hypothecæ, ex hujusmodi » instrumentis vindicare quis sibi contenderit (l'empe- » reur Léon parle ainsi des actes sous seing privé, *quæ* » *sæpè assolent à quibusdam secretè fieri*), eum qui instru- » mentis publicè confectis nititur præponi decernimus, » etiam si posterior is contineatur. »

Et cependant, dans le droit romain, on reconnaissait

(1) Q. de Droit, vo Tiers.
(2) Hyp., t. 2, no 354, p. 130.
(3) No 503.

non moins formellement qu'aujourd'hui que l'ayant-cause n'est pas de meilleure condition que son auteur!

Comment M. Toullier conciliera-t-il cette décision avec son système? Il est bien certain que B et C sont, dans l'espèce posée, les ayants-cause de A, dans le sens de cet auteur. Pourquoi donc l'acte passé entre A et B ne fait-il pas foi contre C? Pourquoi? parceque C, quoique, sous un rapport, ayant-cause de A, est considéré ici comme *un tiers* à l'égard de B. C'est sous ce point de vue en effet qu'il est envisagé par Godefroy dans sa note sur la loi citée. « *Nam privata ratio* non probat adversùs » TERTIUM (L. 6. D. *De probat.*). Facilè quoque dies præ- » ferri posse in fraudem antiquioris. »

Paul de Castro examine, dans son conseil 134, liv. 1, si un créancier porteur d'un titre sous seing privé qui lui confère hypothèque, peut exercer cette hypothèque contre celui qui a acheté par un acte public postérieur en date. Et il décide que l'acheteur ne doit pas être soumis à l'hypothèque, parce que l'acte sous seing privé, quoique antérieur, ne fait pas foi de sa date : sans cela le vendeur pourrait, par des antidates, créer des hypothèques à sa volonté sur le fonds qu'il a vendu. Cette décision est motivée sur la loi 11 au Code, que je viens de citer.

Le même Paul de Castro rend une décision semblable dans un cas où un créancier hypothécaire, porteur d'un titre sous seing privé *antérieur* en date, prétendait une hypothèque sur des biens donnés à titre gratuit par acte authentique (1). C'est toujours sur la loi 11 qu'il fonde sa doctrine.

Ce que Paul de Castro résout d'une manière si formelle, Bartole et Balde l'avaient fait ressortir dans leurs commentaires sur la même loi.

Et l'on peut voir dans Tiraqueau (2) la confirmation

(1) Conseil 337, lib. 2.
(2) *De retractu convent.*, § 1, glose 7, nos 43 et suiv.

de cette opinion, qui a toujours été celle des docteurs les plus recommandables. C'est aussi celle de Neguzantius (1), qui n'hésite pas à dire que, dans le concours de deux actes, l'un sous seing privé, l'autre par acte authentique, émanés du même individu et portant constitution d'hypothèque à deux créanciers, ou dans le concours d'une vente sous seing privé et d'une hypothèque constituée par acte authentique, l'on doit toujours donner la préférence à l'acte authentique.

Il faut donc reconnaître que, dans ces hypothèses, tous les auteurs cités ont pensé que l'*on se portait comme tiers*, toutes les fois que l'on contestait la date d'un acte sous seing privé fait par celui dont on est l'ayant-cause, au profit d'un autre créancier.

532. Mais, dit M. Toullier, ces décisions contrarient formellement le principe du droit romain et du droit français, qui veut qu'on ne puisse transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même ; si A vend à B, par acte sous seing privé, le fonds Cornélien, il ne peut plus ensuite l'hypothéquer à C.

Mais ce n'est là qu'une pétition de principe.

M. Toullier décide en effet que la vente sous seing privé est *antérieure* à l'acte authentique, et c'est précisément là ce qui est en question. Que peut-il répondre en effet à ceux qui soutiennent que cette vente est postérieure, qu'elle n'a de date certaine que du jour de l'enregistrement, et que par conséquent A a pu donner hypothèque à C? Il faut donc toujours en revenir à ce point, qui est le seul décisif, savoir, si C est un tiers à l'égard de la date de l'acte passé à B, et je crois avoir établi que l'affirmative ne peut être susceptible de doute.

533. S'il était besoin d'ajouter de nouvelles lumières à cette discussion, on trouverait la pensée tout entière du législateur dans l'art. 1743 du Code Napoléon.

Il porte : « Si le bailleur vend la chose louée, l'acqué-

(1) 2 memb. 5 part. *De effect. prior.*, nos 49 et 50.

» reur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a » un bail authentique, ou dont la date est certaine, à » moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le bail. »

Cet article ne dit-il pas clairement que, quoique l'acquéreur tire son droit du bailleur, de même que le fermier, cependant il est *un tiers* à l'égard de ce fermier? C'est en effet la seule raison pour laquelle il ne veut pas que l'acte sous seing privé du fermier nuise à l'acte authentique de l'acquéreur.

M. Toullier, après avoir donné des raisons qu'il reconnaît mauvaises pour expliquer cette disposition du Code Napoléon, se retranche à dire aujourd'hui que l'art. 1743 fait exception à l'art. 1322; et que l'exception confirme la règle. Mais sur quels motifs serait fondée cette exception? M. Toullier n'essaye pas de les faire connaître. On ne peut en apercevoir de plausibles. L'article 1743 n'est donc pas une exception! c'est un corollaire, une application de l'art. 1322.

534. Il existe sur notre question quelques arrêts qui se contrarient. Je commence par le plus imposant de tous. Il émane de la Cour suprême. Il a décidé, en date du 12 juillet 1825, que l'acte sous seing privé par lequel une société est dissoute, a une date certaine vis-à-vis des créanciers de l'un des associés, dont ils sont les ayants-cause (1). Mais cet arrêt me semble rendu dans des circonstances qui ne permettent pas de donner une grande autorité doctrinale à cette application de l'art. 1322.

Dans l'espèce, il y avait eu, le 12 janvier 1819, une société universelle de gains entre Imbert père et fils. Cette société ne fut pas rendue publique : elle fut dissoute par acte sous seing privé du 15 février 1819, qui ne fut enregistré qu'en 1823.

Le 13 juillet 1823, jugement qui déclara Imbert fils en faillite; ses créanciers demandèrent que ce jugement fût déclaré commun avec Imbert père.

(1) Dal., 25, 1, 361.

Mais la cour de Bourges rejeta cette prétention, en se fondant sur ce que la société avait été dissoute par un acte sous seing privé ayant date certaine contre les créanciers, et ce, antérieurement à la faillite ; sur ce que depuis 1819, Imbert père ne s'était livré à aucune opération de commerce, et que son fils avait seul géré, et souscrit en son nom personnel les lettres de change ; qu'Imbert père avait cautionné personnellement les engagements de son fils, ce qu'il n'eût pas fait, et ce qui eût été inutile, s'il y eût eu société.

Les créanciers se pouvurent en cassation. Et entre autres moyens, ils prétendaient qu'il y avait eu violation de l'art. 1328, en ce que la cour de Bourges avait donné à l'acte de dissolution de la société une date certaine antérieure à son enregistrement.

L'arrêt qui rejette le pourvoi est ainsi conçu :

« Attendu que, dans l'espèce, il s'agit d'effets souscrits » par Imbert fils, sous sa signature isolée, et sans emprunter, d'une manière même équipollente, la désignation collective de la raison sociale ; qu'ainsi ils étaient » par leur contexte tout à fait étrangers à Imbert père ; » qu'il devait même en être ainsi, puisque, lorsque le » fils a souscrit les mêmes engagements, la société d'entre » son père et lui avait été dissoute ; qu'à la vérité elle » ne l'avait été que par un acte sous seing privé, mais » que cet acte avait une date certaine vis-à-vis des créanciers d'Imbert fils, comme vis-à-vis de leur débiteur, » dont ils sont les ayants-cause, n'ayant pas été allégué » de fraude, de concert, ni de dol entre le père et le » fils... Rejette. »

Je demande la permission de faire quelques réflexions sur cet arrêt. Je ne conteste pas qu'au fond il n'ait bien jugé, à raison des circonstances de fait reconnues constantes par la cour de Bourges. Mais je crois qu'il y a erreur de droit dans les motifs qui établissent que les créanciers de la faillite Imbert étaient les ayants-cause d'Imbert.

On ne peut nier qu'un créancier ne soit le plus souvent l'ayant-cause de son débiteur. Il l'est, par exemple, lorsqu'il exerce ses droits ; il l'est, lorsqu'il réclame contre des tiers les droits que son débiteur lui a promis ou cédés, lorsqu'il exerce une action en saisie immobilière sur un tiers possesseur, en vertu d'une hypothèque que le débiteur lui a accordée (1).

Mais dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, les créanciers exerçaient-ils les droits de leur débiteur ? Il me semble que non. Ils agissaient en leur nom personnel, contre Imbert père, comme solidairement obligé à leur égard avec son fils pour les obligations souscrites par ce dernier, et ils fondaient cette solidarité sur la prétendue société qu'ils disaient avoir existé entre le père et le fils. Il s'agissait donc d'obligations alléguées par les créanciers entre Imbert père et eux ; ils n'agissaient donc pas au nom d'Imbert fils. A la vérité, les droits d'Imbert fils étaient dévolus à la masse de ses créanciers depuis sa faillite ; mais peut-on tirer de là la conséquence qu'elle ne pouvait attaquer l'acte de dissolution qu'Imbert père lui opposait, par la raison qu'Imbert fils n'aurait pu l'attaquer lui-même ?

Je crois que ce serait aller trop loin et exagérer les conséquences de la représentation à titre singulier.

La masse était tierce personne à l'égard d'Imbert fils, en ce qui concerne le droit qu'elle avait d'empêcher que cet individu ne changeât sa position à l'égard des créanciers par des actes directs ou par des actes indirects. Sous ce point de vue, les intérêts étaient opposés les uns aux autres.

535. Un arrêt de la cour de Lyon, du 26 novembre 1823, vient encore prêter son appui à la doctrine de M. Toullier, par laquelle cet arrêt paraît avoir été entraîné (2).

(1) Répert., v° Opposition tierce.
(2) Sirey, 25, 2, 149.

La dame Rochette devait, en vertu d'un acte sous seing privé du 30 août 1811, au sieur Mathieu Rochette, une somme de 283 fr. Ce dernier céda cette créance au sieur Sermaise, par acte du 1er mai 1822 passé en forme authentique. Sermaise fit procéder à une saisie immobilière sur la dame *Rochette;* celle-ci produisit alors une quittance sous seing privé portant une date apparente antérieure à la cession. Sermaise répondit que cette quittance, n'ayant pas de date certaine avant la cession, ne pouvait lui être opposée, et son système fut admis par le tribunal de Roanne ; mais sur l'appel, la cour infirma la décision et accueillit les moyens plaidés par la dame Rochette. Elle pensa que, le cessionnaire prenant la place du cédant, on pouvait le repousser par l'exception de payement, de même qu'on aurait pu repousser le sieur Rochette lui-même ; qu'il répugnait qu'un débiteur, payant à son créancier direct, et se contentant d'une quittance sous seing privé, comme cela arrive ordinairement, pût être exposé, par l'effet d'une cession ultérieure que ferait le créancier, à payer une seconde fois ; que s'il peut arriver qu'un cédant de mauvaise foi connive avec le débiteur, et lui fournisse au préjudice du cessionnaire des quittances sous seing privé antidatées, le cessionnaire aura toujours contre son cédant une action en garantie.

Je crois cet arrêt en opposition avec les vrais principes. Sans doute, le débiteur peut faire des payements à son créancier direct, tant que la cession ne lui est pas connue ; mais il faut qu'il justifie ces payements par des quittances ayant date certaine avant la cession.

Sans cela il n'y aurait jamais de cession que la fraude ne pût facilement rendre préjudiciable au cessionnaire ; et vainement l'arrêt de la cour de Lyon indique-t-il à ce dernier la ressource de l'action en garantie. Car cette action peut être très-souvent inutile par suite de l'insolvabilité du cédant.

On se récrie sur l'infortune du débiteur qui serait

obligé de payer deux fois. Mais comment prouve-t-on qu'il a payé une première fois avant la cession? L'acte sous seing privé ne fait pas preuve à cet égard, puisqu'il ne porte pas de date certaine, et qu'il est très-facile qu'il soit antidaté. D'ailleurs, si le débiteur a payé la totalité de la dette, pourquoi a-t-il eu l'incurie de ne pas retirer le titre? S'il n'a payé qu'une partie, pourquoi n'a-t-il pas fait tenir note en marge des à-compte? N'y a-t-il pas ici une faute assez lourde de la part du débiteur, pour qu'on ne le favorise pas aux dépens de l'acheteur de bonne foi? Au surplus, ce n'est point par des considérations de faveur que la question doit être jugée. J'ai fait assez connaître les principes qui doivent prévaloir (1).

536. La question a été jugée dans un sens opposé par plusieurs autres arrêts. J'en cite d'abord deux : l'un de la cour de Bruxelles, en date du 15 nov. 1809 (2), l'autre de la cour de Nîmes, en date du 11 février 1822 (3).

Voici les motifs principaux de l'arrêt de Nîmes :

« Attendu que l'intimé Pelet ne se prétend libéré de » la créance de la dame Canonge qu'en vertu d'un acte » privé, enregistré postérieurement à la donation que la » dame Canonge avait faite par acte authentique à la » demoiselle Puéchégur; qu'on ne peut considérer comme » ayant-cause, dans le sens de l'art. 1322 du Code Na» poléon, le donataire d'une créance qui en poursuit le » payement envers le débiteur porteur d'une quittance » sous seing privé non enregistrée avant la donation; » que, quoique le droit du donataire émane originaire» ment du donateur signataire de la quittance, il n'est » pas moins vrai que le même donataire est un tiers à » l'égard du débiteur, et même à l'égard du donateur, » en ce qui concerne l'empêchement de celui-ci d'at-

(1) V. mon Comm. de la *Vente*, t. 2, n° 920. On y trouvera de nouvelles autorités.

(2) Sirey, 10, 2, 282.

(3) Idem, 23, 2, 135.

» tenter directement ni indirectement à l'irrévocabilité » de la donation; d'où il suit que dans ce cas, il y a lieu » à l'application de l'art. 1328 du Code civil. »

Il existe encore sur notre difficulté un arrêt de la cour de Caen, en date du 19 mars 1823, qui décide qu'une contre-lettre sous seing privé, portant déclaration d'un acquéreur que la vente est simulée, n'a pas de date certaine contre un tiers acquéreur du signataire de la contre-lettre, et que par conséquent ce tiers acquéreur n'est pas, dans le sens de l'art. 1322 et sous ce rapport, l'ayant-cause de son vendeur (1).

La même question avait déjà été résolue en ce sens, à l'égard d'une contre-lettre, par un arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 1810 (2).

La Cour de cassation s'est encore prononcée formellement contre M. Toullier par arrêt du 20 février 1827 (3).

Le 30 janvier 1790, acte sous seing privé par lequel Frédéric cède à son frère Antoine Villète une maison indivise entre eux.

Le 2 mai 1792, les deux frères Villète conjointement vendent cette même maison à Devielles. Celui-ci en jouit jusqu'en 1822. A cette époque, il est poursuivi en expropriation par la veuve Antoine Villète, qui prétend exercer sur l'immeuble son hypothèque légale.

Devielles objecte qu'elle ne peut l'exercer que sur la portion appartenant à son mari, mais qu'elle ne le peut sur la portion appartenant à Frédéric Villète. La veuve Villète répond que par l'acte de 1790, tout l'immeuble appartenait à Antoine. A la vérité, cet acte est sous seing privé, dit-elle; mais Devielles est l'ayant-cause de son vendeur, et tous les actes souscrits par le vendeur sont opposables à l'acquéreur. Jugement du tribunal d'Evreux

(1) Sirey, 23, 2, 153.
(2) Denev., 9, 1, 1, 68.
(3) Sirey, 27, 1, 138. Dalloz, 27, 1, 144.

qui adopte ce système ; mais sur l'appel, arrêt infirmatif de la cour de Caen, fondé sur ce que l'acte de 1790, n'ayant pas date certaine, ne peut être opposé à Devielles. Sur le pourvoi en cassation, arrêt ainsi conçu : « Attendu que l'acte de cession du 30 janvier 1790, par » lequel Antoine Villète est devenu seul propriétaire de » la maison, a été fait sous seing privé, et n'a acquis » date certaine qu'en 1824, et qu'ainsi il ne peut être » opposé avec succès au tiers acquéreur et prévaloir sur » le contrat du 2 mai 1792 suivi d'une possession con- » forme au titre, rejette (1). »

Enfin, un arrêt de la cour de Nancy, rendu sur mes conclusions, le 14 février 1828 (2), a décidé que le donataire peut être admis à critiquer la date d'un acte d'obligation sous seing privé, souscrit par le donateur, et que cet acte ne peut lui être opposé comme ayant date certaine à son égard (3).

536 *bis*. Nous avons vu, aux n°s 513 et 514, que notre article exige que la *nature* et la *situation* des immeubles appartenant au débiteur et soumis à l'hypothèque, soient désignées dans l'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle.

A mon avis, il ne faut pas apporter un esprit trop minutieux dans l'exigence de ces conditions. Il suffit que les parties aient employé telle ou telle désigna-

(1) Cet arrêt me semble contraire à l'arrêt cité n° 534.

(2) Dal., 1829, 2, 112. Sirey, 29, 2, 192.

(3) Voyez encore un arrêt conforme de Bordeaux, 30 mars 1829 (Dal., 29, 2, 200). Cet arrêt est motivé d'une manière remarquable. On y reconnaît la main d'un magistrat, *M. de Saget*, qui sera longtemps regretté par les amis de la science, et qui, après avoir été la gloire du barreau de Bordeaux, honorait la magistrature par son caractère, son indépendance et ses talents.

La question a été soulevée, mais non résolue, dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1834 (Sirey, 35, 1, 109. Palais, 1835, t. 1, p. 103). *Junge* Angers, 20 février 1829 (Sirey, 29, 2, 205. Palais, t. 85, p. 441). Toulouse, 7 juillet 1831 (Sirey, 32, 2, 646).

tion, qui ne laisse pas de doute sur l'identité de l'immeuble.

Il faut convenir cependant que les arrêts ne se sont pas toujours montrés fidèles à cet esprit d'interprétation large et équitable.

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1808 a déclaré nulle une constitution d'hypothèque frappant sur *tous les biens que le débiteur possède dans une commune* déterminée, par la raison qu'il n'y avait pas indication de la *nature* des biens affectés. Un autre arrêt de la cour d'Aix, du 30 août 1819, a aussi jugé que la constitution d'hypothèque faite sur *tous les biens ruraux que le débiteur possède dans telle commune* est nulle comme manquant de spécialité (1). Un troisième arrêt émané de la Cour de cassation, et en date du 20 février 1810, exige que l'acte fasse connaître *l'état de la superficie des immeubles hypothéqués*, c'est-à-dire *le mode de leur exploitation*, s'ils sont *bâtiments*, *cours*, *jardins*, *incultes*, etc. On peut voir dans le recueil de M. Dalloz plusieurs arrêts rédigés dans cet esprit de rigueur (2).

Mais plus tard la jurisprudence commença à tourner vers des idées plus douces, et à prendre une tendance plus raisonnable. Il faut consulter un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1815, un arrêt de Riom du 24 février 1816 (3), un autre de la même cour du 15 février 1826 (4), un arrêt de Grenoble du 27 juillet 1829, qui décident qu'une constitution d'hypothèque *sur tous les immeubles possédés dans la commune de Succieu*, est valable (5), enfin un arrêt de la Cour de cassation du 10 février de la même année (6), portant que la désignation voulue par la loi est remplie par ces mots, *sur*

(1) Dal., Hyp., p. 207.
(2) *Loc. cit.*
(3) D., *loc. cit.*
(4) Dal., 28, 2, 55.
(5) Dal., 30, 2, 120.
(6) Idem, 29, 1, 144.

tous les biens situés dans la commune de Saint-Sardis, département de Lot-et-Garonne (1).

Dans cette matière, c'est le préjudice de celui qui attaque l'hypothèque qu'il faut considérer. S'il a été induit en erreur, on ne doit pas hésiter à invalider l'hypothèque ; mais s'il n'a pas été trompé, s'il a connu la position du débiteur et les charges dont les biens étaient grevés, il sera plus juste de repousser des moyens de nullité fondés sur un esprit de pointille et favorables à la chicane. Je sais que cette opinion est combattue par M. Merlin (2), par M. Delvincourt et autres (3), qui sont beaucoup plus rigoureux que moi. Mais comme notre article ne me paraît prononcer aucune nullité d'ordre public, je persiste dans le parti le plus humain (4).

(1) Plus récemment il a été jugé qu'une inscription prise sur des *biens situés dans la commune de...., tels qu'ils sont désignés et confrontés dans le cadastre*, est valable : Pau, 23 août 1834 (Dalloz, 35, 2, 29 ; Sirey, 35, 2, 120), Nancy, 30 mai 1843 (Sirey, 43, 2, 547), Limoges, 11 décembre 1845 (*J. P.*, 1846, t. 2, p. 717) ; qu'une inscription *sur les maisons, vignes et autres immeubles appartenant au débiteur, dans l'arrondissement de....*, peut être déclarée valable. Arrêt de Bourges du 9 avril 1832, contre lequel on s'est en vain pourvu en cassation. La Cour suprême a même décidé par l'arrêt de rejet, en date du 15 fév. 1836 (Dalloz, 36, 1, 81. Sirey, 36, 1, 471), que la question de savoir si une inscription contient une désignation suffisante de la nature et de la situation des biens hypothéqués, est une simple question de fait dont la solution est abandonnée par la loi aux juges du fond. V. encore Bourges, 22 avril 1841 (*J. P.*, 1841, t. 2, p. 627). Paris, 21 février 1850 (*J. P.*, 1850, t. 1, p. 733). Néanmoins, la Cour de cassation a décidé récemment qu'il n'y a pas désignation suffisante de la nature des biens hypothéqués, dans l'acte portant constitution d'hypothèque sur tous les biens que le débiteur possède dans plusieurs communes désignées. Cassation, 26 avril 1852 (Sirey, 52, 1, 513, *J. P.*, 1852, t. 2, p. 310). Mais la décision peut s'expliquer par les circonstances. V. ce que je dis en terminant ce numéro.

(2) Dal., Hyp., t. 16, p. 411.

(3) Dal., Hyp., p. 202.

(4) *Suprà*, n° 514.

Je crois pouvoir ajouter d'ailleurs que ces auteurs sont dans une grande erreur s'ils s'imaginent lutter pour l'observation de la loi. La pratique m'a prouvé que tout ce luxe de nullités n'aboutit qu'à surcharger les actes notariés de quelques formules vaines, qui n'ajoutent aucune garantie à la sûreté des prêts. Que font en effet les notaires familiarisés avec les difficultés de leur ministère? Dans la crainte qu'une omission ne compromette les droits de leurs clients, ils épuisent au hasard la nomenclature de toutes les natures d'immeubles, bâtiments, prés, chenevières, bois, terres, friches, etc., etc., quoique souvent l'emprunteur soit loin de posséder des biens de ces diverses espèces ; mais comme il faut nécessairement que les propriétés qu'il hypothèque rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories, la formule supplée à tout, et en ayant l'air de se soumettre à cette spécialité minutieuse qu'on voudrait faire prévaloir, elle s'en rit et la réduit à une simagrée puérile.

Art. 2130.

Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exposant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions.

SOMMAIRE.

537. L'art. 2130 fait exception au principe, qu'on ne peut hypothéquer les biens à venir sous le Code Napoléon.

538. Pour quels motifs cette modification a été introduite.

538 *bis*. Examen de la question si celui qui ne possède pas d'immeubles *actuels* peut hypothéquer ses biens à venir. Opi-

COMMENTAIRE.

537. Notre article contient l'exception que j'ai annoncée ci-dessus au principe du Code Napoléon, *qu'on ne peut hypothéquer les biens à venir*.

Il permet que, dans le cas d'insuffisance des biens présents, le débiteur hypothèque les biens qu'il acquerra par la suite, au fur et à mesure des acquisitions.

538. Cette modification a été introduite dans l'intérêt du débiteur et du créancier : dans l'intérêt du débiteur, parce que l'espérance de lui voir acquérir des biens capables de suppléer à l'insuffisance de ceux qu'il possède actuellement encourage les capitalistes à lui confier leurs fonds; dans l'intérêt du créancier, parce qu'elle lui assure une garantie de plus. La loi a voulu favoriser les prêts d'argent et par conséquent les affectations d'hypothèque qui en font la sûreté. Elle a permis que le cercle de ces affectations s'étendît autant que possible, toutes les fois que les bases du nouveau système n'avaient pas à en souffrir.

Ainsi, celui qui aujourd'hui n'a qu'un patrimoine exigu, mais qui exerce une industrie ou un état lucratif, trouvera dans la possibilité d'hypothéquer ses biens à

venir, des moyens de se procurer de l'argent pour se livrer à des entreprises plus considérables. Il lui suffira d'établir que ses biens actuels ne sont pas suffisants pour répondre du capital qu'il emprunte.

538 *bis*. On demande si celui qui ne possède rien, mais qui a espérance d'acquérir des immeubles, pourra hypothéquer ses biens à venir pour sûreté des fonds qu'il emprunte. Cette question partage les auteurs et les tribunaux. MM. Persil (1), Delvincourt (2) et Dalloz (3) sont d'avis que pareille hypothèque n'est pas valable, parce que les termes de notre article indiquent qu'il faut que le débiteur possède des biens présents libres, mais insuffisants. M. Grenier professe une opinion contraire (4), et il existe en ce dernier sens un arrêt de la cour de Besançon, du 29 août 1811, motivé sur ce que « l'art. 2130 ne doit pas être restreint au cas où le débi- » teur possède et hypothèque, au moment de l'obliga- » tion, des biens présents qui sont insuffisants quoique » libres ; qu'il doit s'étendre, et à plus forte raison, au » cas où le débiteur n'a aucun immeuble à offrir pour » sûreté à son créancier, parce qu'alors il est évident » qu'il y a insuffisance absolue ; que le législateur, en » modifiant la défense d'hypothéquer les biens à venir, » ayant voulu venir au secours du débiteur dont les fa- » cultés présentes sont trop faibles pour se procurer du » crédit, n'a pas voulu refuser cette faveur à celui qui, » n'ayant aucune fortune présente, se trouve dans une » position d'autant plus favorable qu'elle est plus mal- » heureuse (5). » Au contraire la cour de Nancy s'est prononcée dans le sens de MM. Persil et Delvincourt,

(1) Art. 2130, n° 7.
(2) T. 3, p. 163, note 1.
(3) Dal., Hyp., p. 203, n° 10. *Junge* MM. Duranton, t. 19, n° 395 ; Coulon, t. 2, p. 403 ; Zachariæ, t. 2, p. 56 ; Saint-Noxent, Réf. du Rég. Hyp., n° 113 et suiv.
(4) T. 1, n° 63.
(5) Dal., Hyp., p. 209 et 210.

par un arrêt du 16 août 1831, dont voici les motifs (1): « Attendu que la loi ne reconnaît d'hypothèque conven- » tionnelle valable que celle qui, soit dans le titre con- » stitutif de la créance, soit dans un acte postérieur, » déclare spécialement la nature et la situation des im- » meubles actuellement appartenant au débiteur, et *que* » *les biens à venir ne peuvent être* hypothéqués ; que, si » l'art. 2130 admet une exception à ce principe fonda- » mental du système hypothécaire, elle doit être res- » treinte au seul cas qu'il a déterminé, celui de l'in- » suffisance des *biens présents et libres* du débiteur ; » qu'étendre, comme l'a fait le tribunal de Toul, cette » exception au cas où le débiteur n'aurait, au moment » où il consent l'hypothèque, aucun immeuble à affecter » à la sûreté de son obligation, ce serait détruire de la » manière la plus absolue le principe consacré par le » dernier paragraphe de l'art. 2129. »

Il existe dans le même sens, un arrêt de la cour de Riom du 25 novembre 1830, rendu sous la présidence de M. Grenier (2). Ce magistrat aurait-il changé d'opinion?

Au surplus, quel parti doit prévaloir?

Il me semble que ce ne doit pas être celui de la cour de Nancy et de la cour de Riom. Ces deux cours se sont attachées aux mots beaucoup plus, ce me semble, qu'à l'esprit de la loi, qui est un guide plus sûr que la lettre.

En effet, le but du législateur est facile à comprendre. M. Treilhard, orateur du gouvernement, l'exposait de la manière suivante (3) : « La défense d'hypothéquer en » général les biens à venir est la conséquence de ce que » je viens de dire. Tout ce que peut désirer un citoyen, » c'est de pouvoir, *quand ses facultés présentes sont trop*

(1) Cet arrêt est jusqu'à présent inédit.

(2) Dal., 32, 2, 215. *Junge* Lyon, 12 décembre 1837 (Sirey, 38, 2, 431). Caen, 26 juillet 1830 et 4 avril 1842 (Sirey, 42, 2, 399).

(3) T. 7, p. 71.

» *faibles*, donner à son créancier le droit de s'inscrire » par la suite sur le premier ou le second immeuble » qu'il acquerra ; c'est une affectation spéciale qui se » réalisera par l'inscription, lorsque l'immeuble est ac- » quis. Le projet contient cette disposition, et vous pouvez » juger par là que si le gouvernement a voulu pourvoir » à ce que les créanciers ne fussent pas exposés aux » suites de la mauvaise foi d'un débiteur, il a pourvu » avec le même soin à *ce que le débiteur ne fût pas la* » *victime des circonstances malheureuses dans lesquelles il* » *pourrait se trouver, et il lui conserve son crédit entier* » *et sans la moindre altération.* »

Le législateur a donc voulu venir au secours du débiteur dont les facultés sont trop faibles : il a voulu lui conserver son crédit. Remplit-on ce vœu lorsque l'on refuse à celui qui a eu le malheur de ne posséder aucun immeuble, et dont les ressources sont par conséquent d'une exiguïté trop certaine, les moyens de se tirer d'une position fâcheuse et qu'on lui enlève la source de tout crédit? Car enfin, quelle différence raisonnable peut-on faire entre le débiteur qui n'a rien d'actuel, et celui qui ne possède que des biens insuffisants, si ce n'est que le premier remplit encore mieux que le second la condition *d'avoir des facultés trop faibles*, pour répéter les expressions de M. Treilhard ?

On objecte ces mots : « *Si les biens présents et libres du* » *débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance.* » Donc, dit-on, il faut que le débiteur ait des biens présents et libres, mais insuffisants.

Je ne puis goûter ce raisonnement. Le législateur ne parle ici des biens *présents et libres* que par suite de la pensée qu'il avait dans l'article précédent, savoir, que l'hypothèque des biens à venir ne peut avoir lieu tant qu'il y a des biens *présents et libres*. C'est une chose inutile et souvent une ruse d'hypothéquer ses biens à venir, quand on a des biens présents suffisants pour sûreté des fonds qu'on emprunte. L'ancienne jurisprudence tombait dans

cet inconvénient, qui accumulait les hypothèques générales, et soulevait entre créanciers une foule de difficultés, de débats et de mécomptes. Le Code a voulu sortir de cet état vicieux. Tant qu'il y a des biens libres suffisants au moment où l'on contracte, il est défendu d'hypothéquer les biens à venir (1). Mais s'ils sont insuffisants, ou, ce qui est la même chose, s'il n'y en a pas du tout, l'hypothèque des biens à venir est utile, et le Code la permet, à condition qu'elle se spécialisera au fur et à mesure des acquisitions. Ainsi le législateur ne parle des biens présents insuffisants, que par opposition au cas où il y en a de suffisants, et où par conséquent ni le débiteur ni le créancier ne peuvent trouver mauvais qu'on défende l'hypothèque des biens à venir. Mais il n'entend nullement exclure le cas où le débiteur ne possède aucun bien présent, parce qu'il y a encore plus de motifs de venir à son secours, et qu'il est clair que son crédit n'a de point d'appui que dans ses biens à venir. En un mot, je ne mets aucune différence entre la rédaction de notre article et la paraphrase qu'en a donnée M. Tarrible : « Le législateur a prévu le cas *où l'emprun-* » *teur n'aurait pas actuellement des immeubles libres suf-* » *fisants* pour répondre de la dette. Il n'a pas voulu que » l'impuissance de soumettre à l'hypothèque convention- » nelle les biens à venir pût nuire à son crédit, etc. (2). »

Voyez à quelles conséquences peu rationnelles on arrive dans l'opinion que je combats. On veut absolument que le débiteur possède des biens présents et libres, mais insuffisants ; ce n'est qu'à cette condition qu'on lui permet d'hypothéquer ses biens à venir. Mais on ne fixe pas,

(1) En ce sens, la cour de Lyon a pu décider que la prohibition de l'art. 2129 relative à l'hypothèque des biens à venir s'applique aussi bien à celui qui ne possède aucun immeuble qu'à celui qui, possédant déjà des immeubles, voudrait, sans les grever actuellement, hypothéquer seulement ceux qu'il pourrait acquérir à l'avenir. Arrêt du 9 avril 1845 (Sirey, 46, 2, 185).

(2) Répert., v° Hyp., p. 912, n° 7.

on ne peut pas fixer le *quantum* de biens libres que possèdera ce débiteur, pour jouir de la prérogative d'hypothéquer ses biens à venir. D'une part, on a l'air de considérer la faculté d'hypothéquer les biens à venir comme un de ces droits précieux que les lois font dépendre du payement d'un cens ou de la jouissance d'une propriété ; on demande au débiteur son certificat de biens libres, comme on demande à l'électeur le certificat de ses contributions. Mais d'autre part, on n'assigne pas de *minimum* à ce débiteur, de sorte qu'il lui est permis de descendre aussi bas que possible dans l'échelle de la propriété pour justifier de sa capacité. Eh bien ! il suffira qu'il possède une parcelle de terre de 10 fr. pour pouvoir dire : Je suis propriétaire de biens libres; j'ai droit d'hypothéquer mes biens à venir. Alors devront cesser les scrupules qui surgissent de la lettre de la loi. Il y aura des biens présents, des biens libres, et qui seront insuffisants. On appliquera sans hésiter l'art. 2130. Mais de bonne foi, ne sommes-nous pas ici dans l'absurde? L'application de la règle que je combats ne nous mène-t-elle pas à des résultats condamnés par la raison? Croit-on que le législateur ait voulu mettre une différence entre le propriétaire d'un terrain de 10 francs, et celui qui ne possède rien d'immobilier?

Mais, me dit-on, il sera donc permis d'hypothéquer les biens à venir ! Vous détruisez *d'une manière absolue* le § final de l'art. 2129.

Voilà une grande erreur ! L'article dont on parle est si peu détruit d'une manière absolue, qu'il subsistera dans la plupart des cas, et surtout dans tous les cas qui ont été prévus par le législateur. En effet, quiconque possèdera des biens présents suffisants ne pourra hypothéquer ses biens à venir.

Toutes les fois qu'il y aura des sûretés actuelles il sera défendu de mettre l'avenir à contribution ; tant que l'hypothèque *spéciale sera possible*, on repoussera l'hypothèque indéterminée sur des biens qu'on ne possède pas encore. Le législateur n'a pas voulu autre chose.

On insiste et l'on dit : Lorsqu'il y a des biens présents, quoique insuffisants, l'hypothèque a déjà une assiette. Il y a là un objet fixe et actuel qui lui permet de s'établir conformément à l'art. 2129 du Code Napoléon. Une fois constituée, on conçoit qu'elle puisse s'étendre sur les biens à venir: c'est une continuation de ce qui existe ; mais quand il n'y a pas de biens présents, l'hypothèque a manqué de base dans son principe, et il n'est pas étonnant que le législateur n'ait pas permis qu'elle arrive jusqu'aux biens à venir.

Ceci n'est encore qu'un sophisme. L'hypothèque ne s'étend pas des biens présents sur les biens à venir, comme elle s'étend du principal à l'accessoire, ou de la chose même à ses améliorations (art. 2133). L'hypothèque des biens à venir peut subsister par elle-même sans qu'il y ait des biens présents. C'est ce qui a lieu dans les hypothèques légales et judiciaires, toutes les fois que le débiteur n'a pas de fortune actuelle. En principe, chaque immeuble forme par lui-même une assiette hypothécaire indépendante, et qui n'a rien de commun avec les hypothèques qui grèvent les fonds appartenant au même propriétaire. Où a-t-on vu que les biens à venir ne soient sujets à hypothèque que par accessoire des biens présents? Ce sont au contraire les biens présents qui forment le principal obstacle à l'hypothèque conventionnelle des biens à venir. L'art. 2161 indique d'ailleurs par son texte qu'il peut y avoir hypothèque sur des biens à venir sans biens présents.

Je terminerai par une observation. Le Code hollandais n'admet comme le nôtre que l'hypothèque des biens présents, et l'on peut même dire qu'il est beaucoup plus sévère à cet égard, puisqu'il rejette les hypothèques générales tant légales que judiciaires, et qu'il a adopté le système de la spécialité d'une manière absolue. Si cependant un débiteur s'est obligé à fournir une hypothèque au créancier, l'art. 1251 permet de le contraindre à remplir cette obligation sur les biens qu'il aura acquis

après son engagement (1). Pourquoi donc une convention si licite, si facile à concilier avec la spécialité, ne trouverait-elle pas sa place dans notre jurisprudence, évidemment plus large que le système hollandais? Par quelle rigueur excessive s'obstine-t-on à se prononcer, dans le doute, contre le crédit et la liberté des transactions?

539. Si les biens du débiteur étaient suffisants, et qu'il eût fait une fausse déclaration à cet égard, les tiers intéressés pourraient prouver son mensonge ou son erreur, et s'en prévaloir pour faire déclarer nulle l'hypothèque des biens à venir.

Je crois que le débiteur lui-même pourrait prouver que les biens présents étaient suffisants, et obtenir la liberté des biens à venir. Car il aurait à cela un véritable intérêt, et le créancier ne pourrait s'en plaindre, puisqu'il trouverait dans les biens présents de quoi se satisfaire.

On demande si le créancier pourrait se prévaloir de cette fausse déclaration que les biens du débiteur sont insuffisants, pour réclamer une hypothèque sur les biens présents qu'il découvrirait avoir été libres au moment de la convention.

Il faut décider que non. Le créancier doit se contenter des biens qui lui ont été hypothéqués lors du contrat; c'était à lui à connaître la situation de celui avec lequel il a stipulé (2).

540. Notre article dit que les biens à venir demeurent affectés à mesure des acquisitions.

Dans l'ancienne jurisprudence française, où l'hypothèque conventionnelle embrassait toujours les biens présents et à venir, à moins de stipulation contraire, c'était une question de savoir si les créanciers devaient venir par concurrence et être mis au même rang sur les

(1) *Revue étrangère*, par M. Fœlix, t. 1, p. 650.

(2) Répert., Hyp., p. 912, col. 2. *Suprà*, n° 515. Le Code hollandais (art. 1253) défend aussi au créancier d'exiger un supplément d'hypothèque.

biens à venir, ou si chacun devait être payé selon l'ordre de son hypothèque.

L'opinion vulgaire était que les plus anciens devaient avoir la préférence. Mais Coquille, sur la coutume de Nivernais (1), s'élevait contre cet usage, et soutenait que l'hypothèque des biens à venir ne devait commencer que du moment où le débiteur était devenu propriétaire; que par conséquent, au moment de la naissance de cette hypothèque, tous les créanciers se trouvant en concurrence, par le ministère de la loi, pour acquérir cette hypothèque, et s'empêchant l'un l'autre par cette concurrence, chacun devait y avoir part à proportion de sa dette.

Basnage, embrassant au contraire l'opinion la plus suivie, soutenait que la nécessité d'être propriétaire au moment du contrat n'était exigée par les lois que pour l'hypothèque spéciale, mais qu'il n'en était pas ainsi pour l'hypothèque générale, et qu'en quelque temps que le débiteur devînt propriétaire de la chose, la préférence était acquise au plus ancien créancier (2).

La question doit être résolue sous le Code Napoléon par d'autres règles. Toute hypothèque conventionnelle doit être inscrite, et il n'y a pas d'exception pour les hypothèques des biens à venir. Mais à quelle époque l'inscription doit-elle se faire? C'est évidemment lorsque l'hypothèque est acquise. Or, d'après notre article, elle n'est acquise *qu'à mesure des acquisitions ;* ce en quoi elle diffère de l'hypothèque judiciaire sur les biens à venir, qui est acquise du jour du jugement (3). C'est donc à mesure des acquisitions que les inscriptions doivent se prendre; il faut en formaliser autant qu'il y a d'immeubles *successivement* acquis dans chaque bureau. Comment pourrait-on s'inscrire d'avance, puisque, s'agissant de

(1) T. des Rentes, art. x, p. 140.
(2) Hyp., ch. 5, p. 10, col. 2.
(3) *Suprà*, n° 436, et *infrà*, n° 691.

biens à venir, on ignore quels biens entreront dans le domaine du débiteur et où ils seront situés (1) ?

Ceci posé, il devient clair que l'ordre de tous les créanciers ayant droit sur les biens à venir doit dépendre de la date de leurs inscriptions (2).

540 *bis*. On a élevé la question de savoir si le débiteur qui se trouve dans le cas de l'art. 2130 peut hypothéquer les biens qu'il attend d'une succession. Cette difficulté s'est présentée devant la cour de Rouen dans une espèce où le débiteur, *ne possédant aucun immeuble*, avait hypothéqué expressément *les biens de la succession future de son oncle*. Le créancier avait pris l'inscription *longtemps avant la mort de ce dernier!*

La cour de Rouen a annulé l'hypothèque comme contenant un pacte sur une succession future, prohibé par les art. 791, 1130 du Code Napoléon (3). Cette décision paraît devoir être approuvée, à raison des circonstances de la cause.

Mais si le débiteur eût hypothéqué en général ses biens à venir sans désigner nominativement ceux qu'il attendait de la succession de son oncle, il n'y aurait eu aucun inconvénient à ce que l'hypothèque vînt les frapper au moment de l'ouverture de la succession ; car notre article ne distingue pas entre les biens acquis par succession et les biens acquis à titre onéreux ; il n'y aurait pas eu de pacte sur une succession future (4). Ainsi ceux

(1) Arrêts conformes, Paris, 23 février 1835 (Sirey, 35, 2, 209. Dalloz, 35, 2, 163). Paris, 20 juillet 1836 (Dalloz, 37, 2, 19). Poitiers, 23 février 1844 (Sirey, 45, 2, 212). Cassation, 27 avril 1846 (Sirey, 46, 1, 369). Paris, 20 juin 1846 (Sirey, 46, 2, 333). Grenoble, 17 février 1847 (Sirey, 48, 2, 55). C'est aussi l'opinion de MM. Pont, *Revue de législation*, année 1846, t. 2, p. 327, et Duranton, t. 19, n° 379. V. cependant en sens contraire, Angers, 14 juillet 1842 (Sirey, 42, 2, 469) et M. Rolland de Villargues, Rép., v° Hypothèque, n° 282.

(2) M. Grenier, t. 1, n° 62, p. 134.

(3) Arrêt du 8 août 1820. Dal., Hyp., p. 210, note.

(4) Ce serait comme quand on stipule une communauté de *biens présents et à venir*.

qui voudront agir avec prudence devront s'abstenir de pareilles spécialisations (1).

540 *ter*. Quant au cas où le créancier peut obtenir réduction de l'hypothèque sur les biens à venir, voyez l'art. 2161.

Article 2131.

Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque.

SOMMAIRE.

541. Objet de l'art. 2131. Par quel moyen il vient au secours du créancier dont les sûretés sont diminuées par force majeure.
542. A qui est l'option de rembourser ou de donner un supplément d'hypothèque? Distinction.
543. Le supplément d'hypothèque n'a pas d'effet rétroactif au jour de la première convention. Il dérive d'une convention nouvelle.
544. Renvoi pour la connaissance des cas où la chose est censée avoir péri. Equité dans l'interprétation de l'art. 2131. Cas où il y a diminution de sûretés pour le créancier. Quand le créancier est forcé de recevoir son payement par partie, il peut demander le remboursement. Cette faculté s'applique-t-elle au cas d'hypothèque générale?

(1) Pour preuve de mon opinion, je citerai ce passage emprunté à M. Bigot de Préameneu. « Ainsi on ne pourrait pas hypothé- » quer *spécialement* les biens d'une succession (à venir) ; mais il » est juste que ces biens soient, dès le temps d'une obligation » non défendue par la loi, affectés au payement dans le cas où ils » écherront. » (Conf., t. 7, p. 68.)

COMMENTAIRE.

541. Dans l'article précédent, le législateur s'occupe du cas où les biens présents du débiteur sont insuffisants pour garantir la créance, et il permet d'hypothéquer les biens à venir au fur et à mesure des acquisitions.

Dans l'art. 2131, le législateur suppose que lors de la convention, le débiteur a eu des biens suffisants pour la garantie de ses créanciers hypothécaires ; mais que cette garantie est devenue insuffisante, soit que les biens hypothéqués aient péri, soient qu'ils aient éprouvé des dégradations.

Dans ce cas, la loi pourvoit par deux moyens à la sûreté des créanciers.

Elle permet de poursuivre de suite le remboursement des sommes dues, et veut que, quoique les sûretés hypothécaires ne soient diminuées que par force majeure, néanmoins la dette devienne exigible.

Ou bien, les créanciers pourront exiger un supplément d'hypothèque, et, si le débiteur n'a pas de biens présents, se faire constituer une hypothèque sur les biens à venir, dans les termes de l'art. 2130. Car ce dernier article devient tout à fait applicable (1).

L'insuffisance provenant de la perte ou du dépérissement doit être constatée soit par le consentement des parties, soit par un jugement, soit par une expertise.

542. A qui appartient l'option de rembourser ou de donner un supplément d'hypothèque? Il faut distinguer les cas : ou les sûretés hypothécaires ont été diminuées par le fait du débiteur, et alors, d'après l'art. 1188 du Code Napoléon, la somme devient sur-le-champ exigible. Le créancier est en droit d'en demander le payement, et ce ne peut être que par le fait de sa bonne volonté qu'il se contentera d'un supplément d'hypothèque.

(1) V. Paris, 6 avril 1850 (*J. Pal.*, 1850, t. 1, p. 595).

Ou bien les détériorations ont eu lieu par force majeure, et alors l'option de payer ou de donner supplément d'hypothèque appartient au débiteur, d'après les principes généraux. Le créancier doit se borner à conclure au remboursement, si mieux n'aime le débiteur lui donner un supplément d'hypothèque capable de lui servir de garantie. Mais l'on sent que le débiteur ne serait pas écouté, si, pour échapper à la demande du remboursement, il offrait de donner hypothèque sur des biens à venir; car ce serait donner au créancier des espérances le plus souvent illusoires.

543. Le supplément d'hypothèque donné au créancier ne remonte pas au jour de la première convention ; il date de la nouvelle ou du jugement qui l'accorde. Il doit être suivi d'une inscription (1).

544. Quant au cas où la chose hypothéquée est censée avoir péri, voir *infrà* l'art. 2180 (2).

Remarquez, du reste, que notre article doit s'entendre avec équité. Il ne faudrait pas que le créancier prétextât de modifications peu importantes pour prétendre que son gage a été diminué. On peut consulter sur ce point de jurisprudence, qui dépend beaucoup des circonstances, différents arrêts rapportés par M. Dalloz au mot *Hypothèque* (3). Par exemple, on a jugé que, lorsque le débiteur aliène une portion des héritages hypothéqués, comme l'acquéreur peut purger en payant le prix de son acquisition et forcer le créancier à le recevoir, celui-ci a des motifs suffisants pour faire déclarer son débiteur déchu du bénéfice du terme, attendu qu'il se trouve contraint de recevoir son payement *par parties et que sa créance est morcelée* (4).

(1) Répert., Hyp., p. 912, col. 2. Grenier, t. 1, p. 136, n° 64.
(2) N° 889, et aussi *suprà*, n°s 109 et suiv.
(3) P. 221 et suiv.
(4) Cassat., Rejet, 29 janvier 1810 (Dal., Hyp., p. 213 et 214, et 30, 2, 186). Cassat., Rejet, 4 mai 1812 (idem). Poitiers 11 juin 1819 (idem).

Ces arrêts sont allés trop loin en ce qu'ils ont déclaré le débiteur déchu du bénéfice du terme, *avant même que l'acquéreur eût purgé* (1). Il n'y avait pas encore diminution des sûretés, il n'y avait que possibilité de diminution. Mais si les formalités pour purger avaient été remplies, il n'est pas douteux que le créancier ne fût en droit de demander son remboursement. « *Qui pignori » plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto » universo quantùm debetur* (2). »

Mais cette jurisprudence est-elle applicable au cas où il y a *hypothèque générale* et non *hypothèque spéciale?* Notre article ne concerne que les hypothèques spéciales. Mais ce n'est pas lui qui est la règle de la matière; c'est l'art. 1188 du Code Napoléon. Or, peut-on dire, l'article 1188 ne parle que de sûretés données *par contrat*, et l'hypothèque générale ne peut jamais résulter *de contrats;* elle ne résulte que de *lois* ou de *jugements*. Toutefois, cet argument est trop judaïque. Il est plus juste d'étendre l'art. 1188 au cas de *jugements*, puisqu'on contracte en jugement, et à tous les autres cas où il y a manque de sûretés (3). Mais il ne faudrait pas abuser de cette extension; car, avec du rigorisme, on frapperait d'immobilité les biens d'un débiteur, et on ne lui permettrait pas d'aliéner la moindre portion de son patrimoine (4).

(1) M. Toullier, t. 6, n° 667.

(2) L. 9, *De pig. et hyp.* Arrêt de Paris du 11 février 1815. Dal., Hyp., p. 214 et 215.

(3) La cour de Rouen a même décidé, par arrêt du 6 juillet 1840, que lorsque la femme a consenti à la réduction de son hypothèque légale, elle peut ensuite, si le cas y échet, obtenir un supplément d'hypothèque par application de l'art. 2131, dont la disposition serait ainsi applicable à l'hypothèque légale comme à l'hypothèque conventionnelle (Sirey, 40, 2, 537). *Junge* MM. Grenier, n° 286 ; Delvincourt, t. 3, p. 537 ; Duranton, t. 20. n° 59.

(4) V. un arrêt d'Aix, 16 août 1811. Dal., Hyp., p. 215, note, et un autre de Caen du 25 février 1837 (Sirey, 38, 2, 154).

ARTICLE 2132.

L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

545. Motif de notre article.
546. On peut hypothéquer les créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées. Exemples de conventions contenant des obligations indéterminées. Le créancier doit en apprécier la valeur dans l'inscription.
547. Renvoi à ce qui a été dit aux nos 469 et suivants, sur les obligations conditionnelles.
548. Si le créancier donne une évaluation trop forte, le débiteur peut en demander la réduction.
549. Le créancier peut liquider, par des actes sous seing privé, la créance indéterminée. Renvoi.
550. L'évaluation qu'il donne dans le contrat à la créance indéterminée, est un quasi-contrat à l'égard des tiers. Le créancier ne peut, en ce qui les concerne, prétendre qu'il lui est dû davantage. Mais il n'en est pas de même à l'égard du débiteur.

COMMENTAIRE.

545. Comme l'hypothèque a pour cause une somme d'argent dont elle est la garantie, il faut de toute nécessité que cette cause soit exactement exprimée dans l'acte. En effet, c'est dans l'acte que doivent se trouver tous les éléments de l'inscription qui doit faire connaître aux

tiers la position du débiteur avec lequel ils vont contracter. La loi a donc été conséquente avec elle-même, en exigeant que l'acte contînt une énonciation exacte des sommes pour la sûreté desquelles l'hypothèque a été consentie.

546. Notre article commence par dire que la somme doit être nécessairement *certaine* et *déterminée* par l'acte. Mais c'est aller trop loin. Car dans les conventions où il s'agit de sommes qui ne peuvent être fixées qu'éventuellement, ou de créances conditionnelles pour leur existence (telles que celles dont j'ai donné un exemple *suprà*, n°s 476 et suiv.), le vœu du législateur, pris dans un sens général, serait impossible à remplir.

Aussi notre article se hâte-t-il de rectifier ce qu'il y a de trop absolu dans sa première partie, et de déclarer que l'hypothèque peut être consentie pour une créance conditionnelle pour son existence ou indéterminée dans sa valeur.

Dans ce cas, l'inscription ne peut être requise que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative déclarée par le créancier (1).

« Ainsi, dit M. Tarrible (2), l'obligation indéterminée » de l'ouvrier qui s'est engagé à faire un ouvrage, sera » susceptible d'hypothèque conventionnelle ; ainsi l'o- » bligation subordonnée à l'événement d'une condition, » même suspensive, celle, par exemple, du fournisseur » qui s'engage à fournir des vivres à l'équipage d'un na- » vire, s'il revient de son voyage actuel, est pareillement » susceptible d'une hypothèque conventionnelle, seule- » ment l'hypothèque suivra le sort de l'obligation prin- » cipale ; en telle sorte que, la condition venant à man- » quer, l'obligation et l'hypothèque s'évanouiront à la » fois, et que, l'obligation incertaine venant à prendre » dans la suite une détermination fixe, l'hypothèque se » fixera à la même valeur. »

(1) V. l'art. 2163.
(2) Répert., Hyp., p. 909.

547. J'ai parlé, aux nos 468 *ter* et suiv., des obligations à terme et des obligations conditionnelles et indéterminées, auxquelles une hypothèque conventionnelle peut se trouver jointe. J'invite à y recourir.

548. Après avoir dit que le créancier doit déclarer par approximation la valeur de la créance indéterminée qu'il veut faire inscrire, notre article ajoute que le débiteur aura droit de faire réduire cette estimation, s'il y a lieu (1).

A la vérité, cette réduction s'opère nécessairement lorsque l'obligation, incertaine dans son origine, vient à prendre par la suite une détermination fixe, et qu'il est reconnu que l'évaluation a été portée trop haut.

Mais pour cela il faut souvent attendre des événements qui peuvent longtemps laisser planer sur la tête du débiteur l'idée qu'il est redevable de sommes très-considérables, tandis qu'au fond ses dettes sont beaucoup moindres. Son crédit pourrait souffrir de cet état de choses. Il a donc intérêt à réclamer et à faire réduire les évaluations exagérées de son créancier.

549. Le créancier peut liquider la créance indéterminée au moyen d'actes sous seing privé, ainsi que je l'ai dit ci-dessus, nos 508 et suiv.; car la loi n'exige un acte authentique que pour l'acte constitutif de l'hypothèque, et non pas pour ce qui n'est autre chose qu'un règlement de compte.

550. Le créancier doit apporter beaucoup de soin à l'évaluation de la créance indéterminée qu'il fait inscrire. Car cette évaluation devient définitive à son égard envers les tiers qui ont postérieurement traité avec le débiteur commun, et il ne peut l'augmenter à leur préjudice. En effet, c'est une espèce de quasi-contrat qui est intervenu. Les tiers créanciers ont stipulé avec le débiteur dans la persuasion qu'il ne devait pas plus que ce qui était inscrit. On ne peut postérieurement tromper leurs espérances;

(1) *Infrà*, n° 772.

c'est tant pis pour celui qui n'a pas pris ses précautions en évaluant à une somme suffisante (1).

Mais s'il en est ainsi à l'égard des tiers, à raison des principes de bonne foi qui doivent faire la base d'un système hypothécaire public, on ne doit pas porter la même décision à l'égard du débiteur lui-même; car, une erreur en plus dans l'évaluation ne pouvant lui préjudicier, une erreur en moins ne peut, par réciprocité, faire tort à son créancier. La bonne foi serait offensée s'il voulait se prévaloir d'une faute de calcul ou d'une imprévoyance pour se soustraire à de légitimes obligations.

Article 2133.

L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

SOMMAIRE.

551. L'hypothèque conventionnelle profite des améliorations et accroissements. De l'augmentation par alluvion. De l'usufruit consolidé avec la nue propriété. Des constructions faites sur le terrain hypothéqué. *Quid* des fruits? Renvoi.

552. Mais l'hypothèque ne s'étend pas aux acquisitions à titre gratuit ou onéreux que fait le débiteur pour augmenter la chose hypothéquée.

553. L'hypothèque s'étend aux augmentations provenant du droit d'accession, quelque importantes qu'elles soient.

553 *bis*. L'hypothèque sur l'usufruit ne s'étend pas à la nue propriété qui vient par la suite s'y réunir.

COMMENTAIRE.

551. L'hypothèque conventionnelle peut s'accroître indépendamment de la volonté des parties par le fait d'améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. En

(1) *Infrà*, n° 683. M. Grenier, t. 1, n° 28. Tarrible, Inscrip., p. 257. Arrêt de Liége du 24 août 1809. Dal., Hyp., p. 291.

effet, l'hypothèque, étant assise sur la chose, doit s'étendre avec elle et suivre ses modifications.

Tels étaient les principes du droit romain : ils sont écrits dans plusieurs lois du Digeste (1).

Ainsi, si un fonds vient à être augmenté par alluvion, l'hypothèque s'attache à l'alluvion (2). C'est là une *amélioration* de la chose principale (3).

Ainsi encore, si une hypothèque est donnée sur la nue propriété, et que l'usufruit vienne à se consolider, l'hypothèque embrasse l'usufruit comme la propriété; car l'usufruit est un accessoire du fonds (4).

« Quæ rebus obligatis accesserunt, dit Voët (5), obli-
» gata censentur, veluti si quid fundi oppignorato per
» alluvionem adjectum sit, aut proprietati, quæ pignori
» data erat, ususfructus posteà accreverit. »

De même si un tiers détenteur bâtit une maison sur un terrain hypothéqué, la maison devient soumise à l'hypothèque (6).

M. Dalloz conteste cette vérité. La maison construite absorbe le sol, dit-il; elle forme la valeur principale : c'est une chose nouvelle qui a été créée. M. Dalloz voudrait donc qu'en cas de concours entre les créanciers inscrits sur le sol et les créanciers du tiers détenteur inscrits sur la maison, il se fît une ventilation, et que le prix du sol fût adjugé aux uns, et le prix de l'édifice adjugé aux autres (7).

(1) Pothier, Pand., *De pign. et hyp.*

(2) L. 16, Dig., *De pig. et hyp.*

(3) V. *infrà*, n° 837, le sens du mot amélioration, et n°s 889 et suiv.

(4) L. 18, § 1, Dig., *De pign. act. Secùs*, si l'hypothèque a été constituée sur l'usufruit, par rapport à la nue propriété qui vient s'y adjoindre par la suite. V. *infrà*, n° 553 *bis*.

(5) Lib. 30, t. 1, n° 4.

(6) MM. Grenier, t. 1, p. 312. Duranton, t. 19, n° 258. Mourlon, t. 3, p. 485. Paris, 2 juillet 1836 et 18 janvier 1837 (*J. P.*, 1837, t. 1, p. 310 et 312). Rennes, 26 novembre 1851 (*J. Pal.*, 852, t. 2, p. 75).

(7) Hyp., 121, n° 15. En ce sens, arrêt de Bourges, *infrà*, n° 689.

Cette opinion résiste à tous les principes sur le droit d'accession : « Domo pignori datâ, dit Paul, et area ejus » tenebitur : est enim pars ejus. *Et contrà, jus soli sequetur* » *ædificium* (1). » Le jurisconsulte Marcianus n'est pas moins formel. « Si res hypothecæ data, posteà mutata » fuerit, æquè hypothecaria actio competit : veluti de » domo datâ hypothecæ, et horto factâ. *Item, si de loco* » *convenit, et* DOMUS FACTA SIT (2). » Il est impossible d'adopter sous le Code Napoléon une autre décision.

Mais observons que le tiers détenteur pourra répéter ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value (3). Quant à la question de savoir s'il pourra user du droit de rétention pour être payé de cette plus-value, je la traite ailleurs avec développement (4).

M. Dalloz prétend que notre article ne parle que des *améliorations*, et qu'il s'agit ici non d'amélioration, mais de la construction d'une chose nouvelle. Mais il se trompe sur le sens du mot *amélioration*. Il y a, comme le dit Loyseau (5), *de grosses améliorations* qui consistent en constructions et rebâtiments. Loyseau en cite pour exemple la loi *Paulus*, § 2, Dig. *De pignorib.*, où il est question d'une maison brûlée de manière qu'il n'en restait plus que le sol. L'acquéreur ayant fait rebâtir la maison à neuf, le jurisconsulte Paul décida que ceux qui avaient hypothèque sur le sol avaient aussi hypothèque sur la maison, « *jus soli superficiem secutam videri.* » Eh bien ! c'est cette construction que Loyseau appelle *grosse amélioration* (6). D'ailleurs le mot amélioration est si large qu'on ne conçoit pas qu'il puisse recevoir le sens restrictif de M. Dalloz ; et c'est ce qu'a très-bien aperçu le

(1) L. 21, Dig., *De pign. act.*
(2) L. 16, § 2, D., *De pignorib. et hypoth.*
(3) Art. 2175, *infrà*.
(4) N° 836, et *suprà*, n° 256.
(5) Déguerp., liv. 6, chap. 8, n°s 9 et 10.
(6) Sur la différence entre les impenses et amélior., V. *infrà*, n° 837.

législateur hollandais, qui, pour faire cesser des subtilités contraires à l'esprit de la loi, a formulé ainsi la pensée de l'art. 2133 : « L'hypothèque, dit l'art. 1242, s'é-» tend à toutes les améliorations futures de l'immeuble » grevé, de même qu'à tout ce qui s'y unit par accession » ou édification (1). »

Quoi qu'il en soit, je dois dire que mon opinion a été repoussée par un arrêt de la cour de Paris du 6 mars 1834 (2), qui a fait triompher le système de M. Dalloz. Mais cet arrêt est motivé d'une manière si extraordinaire, qu'il me suffirait presque de le citer pour mettre la raison de mon côté.

« Considérant, en droit, que si aux termes de l'arti-» cle 2133 du Code Napoléon, l'hypothèque s'étend à » toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypo-» théqué, cet article n'est pas applicable au cas où, » comme dans l'espèce, des maisons entières ont été » élevées sur un terrain entièrement nu; que de telles » constructions ne peuvent être considérées *comme ayant* » *le caractère d'une amélioration;* qu'il est vrai de dire » qu'elles constituent *une chose tout autre* que celle qui » existait originairement;

» *Que les principes généraux du droit et les règles de* » *l'équité* s'opposent à ce que le privilége du vendeur ait » l'extension réclamée par les intimés, etc. »

Invoquer les *principes généraux* lorsqu'on a contre soi et les décisions si nombreuses des jurisconsultes romains, et l'adage populaire *ædificium solo cedit*, résumé de tous les *principes* sur le droit d'accession, et l'art. 552 qui les consacre de la manière la plus expresse, enfin l'autorité de tous les écrivains (M. Dalloz excepté) qui ont commenté les lois romaines et discuté les règles dont les art. 551 et suiv. ne sont que l'écho, c'est là, ce me semble, une distraction un peu forte. J'avoue que je n'aurais pas cru

(1) *Revue étrangère*, t. 1, p. 647.
(2) Dal., 34, 2, 166, 167. Sirey, 34, 2, 308.

que ce fût aux *principes généraux* qu'il fût prudent d'avoir recours dans le système de la cour de Paris.

Quant à l'équité, passe encore! chacun l'interprète à sa manière et peut lui faire dire ce qu'il veut. Toutefois me sera-t-il permis de faire observer que l'hypothèque est soumise à tant de chances, qu'elle est d'une conservation si difficile, qu'il n'y a certainement rien d'exorbitant à la faire participer en dédommagement aux accroissements dont l'immeuble est susceptible. C'est ce qu'a très-bien senti le Code hollandais, si sévère cependant en matière de spécialité. Et assurément il n'a pas cru s'éloigner en cela de l'équité, pas plus que les lois romaines, dont il reproduit les dispositions!! D'ailleurs, que peut un sentiment d'équité sur lequel il y a si peu d'unanimité, contre le texte évident de la loi et contre l'opinion de tous les jurisconsultes?

Il n'y avait qu'une manière de colorer la décision à laquelle la cour de Paris voulait arriver, c'était de dire franchement que, par exception aux principes généraux (et non pas assurément en vertu des principes généraux), l'hypothèque ne doit pas s'étendre aux constructions qui s'élèvent sur l'immeuble et le modifient d'une manière notable, et que cette exception se puise dans le mot *amélioration* employé par l'art. 2133, lequel exclut l'idée d'une addition qui dépasserait la valeur primitive de la chose hypothéquée. Mais ces raisons, quoiqu'un peu plus spécieuses que les précédentes, n'en sont pas moins diamétralement contraires à ce qu'il y a de plus certain en jurisprudence; car, pour admettre une telle interprétation, il faudrait oublier le sens que le mot *amélioration* a toujours eu dans la langue juridique; il faudrait se faire à soi-même un idiome à part, et substituer les écarts de son imagination à la véritable pensée que contient une expression claire jusqu'à ce jour pour tout le monde. J'ouvre en effet les auteurs, et voici ce que j'y lis :

« MELIORATIONES autem, dit Garcias, quæ fiunt à prælatis, sive utiles, *ædificando de novo* in prædiis Ecclesiæ,

» vel reficiendo, vel plantando, vel quid aliud faciendo,
» hæc omnia ad Ecclesiam pertinent (1).

» On appelle amélioration, ajoute le nouveau Denizart,
» les dépenses qui *augmentent la valeur et le prix du fonds*.
» On dit qu'on améliore un héritage QUAND ON Y A BATI
» UNE MAISON (2)!!! »

Et c'est ainsi que l'entend M. Proudhon :

« Construire un édifice sur un sol vide, c'est changer
» la surface du terrain, *mais aussi c'est ordinairement faire*
» *une amélioration* (3).

Mais peut-être m'objectera-t-on (car il faut tout prévoir) que ces auteurs n'ont pas entendu parler de ces constructions nouvelles qui dépassent en valeur le sol sur lequel elles sont placées. Eh bien! écoutons Dumoulin, qui connaissait, je crois, la valeur des mots :

« Quæro utrùm vassalus nedùm perdat feudum sibi
» concessum, sed etiam augmenta et *melioramenta?* Quid
» enim SI IN VILI FUNDO *ædificavit* CASTRUM VEL INSIGNEM
» DOMUM?.... Dico quod omnia quæ sunt de substantiâ
» feudi.... committuntur. *Omnia inædificata* ET QUÆCUM-
» QUE *solo* cedunt (4). »

Comment, d'ailleurs, pourrait-il en être autrement? Ne serait-il pas en effet absurde au premier chef de soutenir que, parce que l'impense est très-considérable, elle n'est pas une amélioration? N'est-il pas évident que plus les constructions qui s'ajoutent à la chose ont de l'importance, plus l'amélioration est caractérisée, éclatante et indubitable?

Qu'on réunisse maintenant ces autorités à celle de Loyseau, que j'ai cité au commencement de ce numéro, et qu'on me dise si la cour de Paris n'a pas innové de la

(1) Dans son traité *De expensis et meliorationibus*, cap. XI, n° 71, p. 297.
(2) V° Amélioration.
(3) Usufruit, t. 3, n° 1122.
(4) T. 1, p. 523, n° 116. *Junge* Pothier, *des Fiefs*, p, 578, édit. Dupin.

manière la plus malheureuse en donnant au mot *amélioration* l'acception restreinte qui fait la base de son arrêt!!

Mais, dit-elle, ces constructions constituent tout autre chose que ce qui existait auparavant. *Tout autre chose!* Prenons-y garde, c'est aller beaucoup trop loin. Le sol a sans doute subi une modification, un changement; mais ce n'est pas un de ces changements qui font de la chose un être absolument nouveau, sans quoi il faudrait dire que l'hypothèque s'est effacée du sol lui-même (1).

La modification ne consiste que dans une addition qui change la surface et augmente la valeur. Mais depuis quand un tel changement a-t-il été un obstacle à l'extension de l'hypothèque? *Si res hypothecæ data posteà mutata fuerit, æquè hypothecaria actio competit.* Je rappelle les termes de la loi romaine.

A entendre la cour de Paris, la construction d'une maison sur un sol vide devrait être assimilée au fait de celui qui ajoute une pièce de terre à une pièce de terre qu'il possédait déjà. Et M. A. Dalloz, qui soutient le bien-jugé de l'arrêt que je combats, n'a pas manqué d'insister sur cette comparaison. Mais c'est confondre deux choses bien distinctes. Les deux pièces de terre ont une existence séparée; elles forment deux corps distincts qu'aucun lien juridique n'unit l'un à l'autre. Au contraire, la maison est incorporée au sol et suit sa condition par la puissance du droit d'accession. Et c'est ce qu'a très-bien fait ressortir Pothier: « La commise » s'étend-elle aux alluvions unies aux terrains donnés » en fief et *aux édifices qui auraient été construits par le* » *vassal?* Oui! suivant notre principe; car ces alluvions, » ces édifices *solo cedunt*, ils en *font partie* JURE ACCESSIONIS; ils suivent la nature et qualité de fief qu'avait » le terrain auquel ils sont unis, suivant la règle *accessorium sequitur naturam rei principalis*. Ils sont donc

(1) *Infrà*, t. 4, n° 899.

» fiefs et font partie du fief (1). » On a vu tout à l'heure Dumoulin tenir le même langage, et c'est celui du bon sens le plus vulgaire, à moins qu'on ne veuille répudier tous les principes sur le droit d'accession.

M. A. Dalloz m'oppose la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat sur la question de l'alluvion, que je traiterai tout à l'heure. Mais, loin de récuser cette autorité, je l'accepte tout entière, car elle met le dernier trait à ma démonstration.

Voici, en effet, ce que disait M. Tronchet : « Diverses » dispositions du Code Napoléon déterminent ce qu'il » faut considérer comme des accessoires de la chose » principale. Ces *accessoires s'identifient avec la chose,* » *deviennent ainsi passibles de toutes les charges dont elle* » *est grevée* (2). »

Et sur cette observation, l'art. 2133 fut adopté tel qu'il était, malgré quelques réflexions proposées par un conseiller d'Etat, qui ne le trouvait pas assez explicite.

Ainsi, c'est par les principes sur le droit d'accession que doivent être jugées toutes les questions qui se rattachent à l'interprétation de notre article. Le vœu de la loi est bien formel ; M. Tronchet l'a hautement exprimé. Eh bien ! c'est ce que je n'ai cessé de soutenir avant comme depuis l'arrêt de la cour de Paris ; c'est ce qui fait toute la force de mon opinion, en la rattachant à la fois aux lois romaines et au Code Napoléon. Dès lors, je puis conclure avec assurance que la décision de la cour de Paris contient la violation la plus flagrante des principes généraux, et qu'elle n'est pas destinée à faire jurisprudence (3).

(1) *Des Fiefs*, *loc. cit.*

(2) Fenet, t. 15, p. 362.

(3) Je reviens sur cette question au n° 889 *bis*. On peut consulter aussi un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 1833, rendu dans une espèce où des machines avaient été ajoutées à un établissement industriel. Cet arrêt fortifie ma manière de voir (Dal., 33, 1, 187).

Bien qu'on puisse trouver dans un arrêt de Lyon du 26 janvier

A l'égard des fruits, qui sont un accessoire de la chose, V. ce que j'ai dit *suprà*, n° 404.

552. Ce qui vient d'être dit des améliorations et augmentations résultant du droit d'accroissement, ne doit pas être étendu aux *augmentations de consistance*, qui sont le fait du débiteur, lorsque, par exemple, il achète des terrains limitrophes pour arrondir le sien. Il est clair dans ce cas que les nouvelles acquisitions ne sont pas soumises à l'hypothèque (1).

553. Il est possible que les accroissements provenant d'alluvion soient tellement considérables, qu'ils finissent par être d'une importance bien supérieure à l'objet primitivement hypothéqué. On demande si dans ce cas l'hypothèque devra s'étendre aux accroissements.

Il n'y a pas de raison dans la loi pour se décider contre l'extension de l'hypothèque. On voit cependant, dans les conférences du Code Napoléon (2), que la question souleva quelques difficultés au conseil d'Etat ; mais M. Tronchet fit observer que le Code Napoléon a déterminé dans diverses dispositions ce qu'il faut considérer comme accessoires de la chose principale, et que ces accessoires, s'identifiant avec la chose, deviennent aussi passibles de toutes les charges dont elle est grevée. Cette réflexion fit taire toutes les controverses, et l'art. 2133

1835 (Dalloz, 36, 2, 163) un motif qui paraisse contraire à mon opinion, on ne saurait m'opposer cet arrêt comme ayant jugé la question qui m'occupe.

Il s'agissait d'un cas tout différent. Le vendeur d'un terrain nu *demandait la résolution de la vente* faute de payement du prix, et comme une baraque avait été élevée sur ce terrain, il y avait difficulté entre le vendeur et les créanciers de l'acquéreur sur l'option à faire par le premier, conformément à l'art. 555 du Code N. Il ne s'agissait pas, on le voit, de privilége à exercer *sur le prix de l'immeuble*.—Du reste, la cour de Paris n'a pas persisté dans sa jurisprudence, comme on a pu le voir par les deux arrêts des 2 juillet 1836 et 18 janvier 1837, cités plus haut (p. 323, note 6).

(1) Grenier, t. 1, n° 148. Persil, art. 2133, n° 6. V. mon Comm. de la *Vente*, t. 2, n° 768.

(2) T. 1, 172. Fenet, t. 15, p. 361 et 362.

passa sous l'influence de cette explication. On voit qu'elle rentre dans les principes généraux (1). Elle servira à résoudre les questions analogues qui pourraient s'élever à l'occasion d'augmentations de contenance provenant des causes diverses d'accession exposées par les art. 556 et suivants du Code Napoléon.

553 *bis*. Si un droit d'hypothèque est constitué sur un usufruit, s'étend-il à la nue propriété alors que l'usufruit et la nue propriété se réunissent et se consolident?

M. Grenier résout avec raison cette question par la négative. L'usufruit et la nue propriété sont deux droits distincts, deux portions d'une même chose. Si étant propriétaire de la moitié du fonds Cornélien, j'hypothèque cette moitié, et que par la suite je me rende acquéreur de l'autre portion, l'hypothèque ne viendra pas s'y asseoir sans convention nouvelle. Il y a même raison lorsque la nue propriété se réunit à l'usufruit. Les choses restent ce qu'elles étaient lors de la séparation (2).

SECTION IV.

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES.

ARTICLE 2134.

Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

(1) Grenier, t. 1, p. 314, n° 148.
(2) Grenier, t. 1. p. 310, n° 146. Dalloz, Hyp., p. 122, V. *suprà*, n° 400.

SOMMAIRE.

554. Le rang des hypothèques s'établit par l'inscription.
555. Signes qui annonçaient les hypothèques chez les Grecs. Mais ce n'était pas pour établir un système de publicité.
556. *Quid* à Rome? Imitation des signes usités en Grèce.
557. L'hypothèque n'y fut pas publique. Preuves à cet égard.
558. De droit commun, l'hypothèque était occulte en France.
559. Excepté dans les pays de nantissement. Mais il y avait quelques lacunes dans ce système de publicité.
560. Piéges qui résultaient du système occulte adopté en France. Reproches de Loyseau contre ce système.
561. Tentatives infructueuses de Henri III et de Louis XIV pour rendre l'hypothèque publique.
562. Singulier argument de Basnage contre l'édit de Colbert de 1673. Mauvaises raisons de M. Daguesseau contre la publicité des hypothèques.
563. Édit de 1771. Il avait l'avantage d'ouvrir des moyens faciles de purger. Mais il ne protégeait pas les créanciers, et laissait l'hypothèque occulte. Réclamations contre lui dans les pays de nantissement.
564. Destruction des formes du nantissement par l'abolition de la féodalité. La loi de 1790 les remplace par une transcription. La loi de l'an III rend l'hypothèque publique. Ses tentatives pour mobiliser le sol. Elle n'est pas exécutée.
564 *bis*. Loi de brumaire an VII. Plusieurs personnes la considèrent comme supérieure au Code Napoléon.
565. Le Code Napoléon a adopté la spécialité et la publicité, malgré des préjugés puissants encore répandus. Mais son système est imparfait. Dangers qu'il présente pour les créanciers et les acquéreurs.
566. L'inscription ne fait pas l'hypothèque. Elle lui donne le rang et le droit de suite.
567. Elle n'est pas requise à l'égard du débiteur.
568. Le défaut d'inscription peut être opposé par les chirographaires. Tous les créanciers sont tiers entre eux pour s'opposer à d'injustes préférences, et pour contester les rangs.
569. Le créancier peut opposer le défaut d'inscription quand même il aurait su qu'il y avait hypothèque stipulée.
569 *bis*. Toutes les hypothèques sont soumises à l'inscription, excepté *certaines hypothèques légales*.
570. Les formes de l'inscription sont déterminées par la loi.

COMMENTAIRE.

554. De même que l'on a vu le rang des priviléges sur les immeubles s'établir par la date de l'inscription (1), de même nous voyons notre article faire dépendre la préférence des hypothèques de la priorité de l'inscription.

C'est la conséquence de la publicité, qui est la base de notre régime hypothécaire, et dont nous allons voir les effets se développer successivement.

Mais, avant d'aller plus loin, je dois faire connaître les divers systèmes qui jusqu'au Code Napoléon ont prévalu sur la publicité des hypothèques.

555. Des monuments aussi anciens qu'authentiques prouvent que chez les Grecs, l'hypothèque n'était pas dépourvue de manifestation publique; on faisait connaître qu'un héritage était hypothéqué au moyen de petites colonnes établies sur les héritages, et chargées d'inscriptions qui rappelaient les obligations contractées avec un premier créancier (2).

Mais je crois que ces signes, apposés par le créancier, avaient bien moins pour but de donner aux hypothèques une publicité salutaire, que de créer au profit de ce créancier une sorte de tradition symbolique destinée à remplacer la tradition réelle, à laquelle les anciens peuples ont toujours infiniment tenu.

556. A Rome, le droit honoraire établit (3) l'hypo-

(1) *Suprà*, n° 364 *bis*.

(2) Loyseau, Déguerp., liv. 3, ch. 1, n° 21. Barthélemy, *Anacharsis*, chap. 59, t. 5, p. 1 et 2.

(3) Janus à Costa, *Inst. de act.*, § 7. Pothier, Pand., t. 1, p. 561, n° 28. Loyseau, Déguerp., liv. 3, ch. 2, n° 1. L. 1, Dig., *De pign. act.* Le droit d'hypothèque n'était pas connu à Rome avant cette innovation du préteur. Car, suivant M. Niebuhr, il était inconciliable avec le droit de propriété des Quirites, comme avec la simple possession (*Hist. rom.*, t. 2 de la traduction française, p. 385, note 506).

thèque, c'est-à-dire le gage sans dessaisissement, par imitation de ce qui se pratiquait dans la Grèce, à laquelle les Romains furent redevables de tant de choses dans les lettres, les arts et les lois.

557. Mais l'hypothèque y fut-elle publique? Cujas (1), Loyseau (2), Godefroy (3) enseignent que les Romains adoptèrent, à l'exemple des Grecs, l'usage des signes extérieurs démonstratifs de l'hypothèque (4). Mais il ne paraît pas que cet usage se rattachât en rien à un système d'hypothèque organisé sur la publicité. Dans les différentes lois où l'on s'occupe du rang des créanciers hypothécaires, il n'est jamais parlé de l'influence de ces signes publics sur la préférence des créanciers entre eux. Ce n'était (autant qu'on peut en juger par les monuments obscurs qui nous restent à cet égard) que des actes d'autorité privée, tenant plus à la vanité qu'à la conservation des droits, et auxquels les empereurs mirent des bornes par différentes lois; car c'était un sujet de discordes et de voies de fait.

Je crois donc qu'on peut conclure avec confiance, qu'à aucune époque, le système hypothécaire des Romains n'a reposé sur une véritable publicité (5), et c'est sans doute pour cela que nous voyons les acquéreurs d'héritages chercher à se garantir des évictions que pouvaient leur faire craindre les hypothèques occultes, par les sûretés les plus fortes, et particulièrement par des cautions qu'on appelait *auctores secundi* (6). On sait qu'il était tellement d'usage dans les contrats de vente de donner des fidéjusseurs pour les cas d'éviction, qu'au rapport

(1) Obs., lib. 16, c. 12.
(2) Déguerp., liv. 3, ch. 1, n° 25.
(3) Sur la loi 21, § 2, Dig., *Quod vi aut clàm.*

(4) Voici les sources: L. 20, Dig., *De injuriis.* L. 22, § 2, Dig., *Quod vi aut clàm*, et le titre du Code *Ut nemini liceat*, etc.

(5) M. Dalloz dit le contraire, mais sans preuves. Hyp., p. 23.
(6) L. 4, Dig., *De evict.*

de Paul, le vulgaire s'imaginait que les cautions étaient une condition nécessaire de la vente (1).

C'est aussi pour prévenir les fraudes des débiteurs, qui, profitant du secret de leurs engagements, auraient pu donner des hypothèques sur des biens déjà chargés d'hypothèques antérieures, au-delà de leur valeur, qu'on établit les peines les plus sévères contre le stellionat, c'est-à-dire contre le délit de celui qui, en contractant avec un tiers au sujet d'un immeuble, ne lui faisait pas connaître les hypothèques établies sur cet immeuble (2).

Celui qui se rendait coupable de ce crime était condamné à travailler aux mines, et l'homme en place était ou relegué pour un temps, ou dégradé (3). On ne pouvait échapper à cette peine, qu'en restituant au créancier qu'on avait trompé la somme qu'on lui avait empruntée. Quiconque était condamné pour stellionat était par cela même infâme (4).

Ces rigueurs devaient être un frein contre la mauvaise foi. Mais elles prouvent que l'hypothèque était loin de reposer à Rome sur la publicité, et qu'on avait cherché à suppléer aux inconvénients des hypothèques occultes par des moyens spéciaux et des précautions extraordinaires.

558. En France, comme à Rome, l'hypothèque était occulte de droit commun.

Cependant il y avait quelques provinces où l'on avait pris de sages précautions pour prévenir par la publicité les ruses des débiteurs, et pour éclairer les créanciers sur la situation de ceux à qui ils prêtaient.

559. Dans les coutumes de Laon, Reims, Ribemont, Montreuil, Chauny, Ponthieu, Boulonnais, Péronne,

(1) L. 56, Dig., *De evict.* Loyseau, Déguerp., liv. 3, ch. 1, nº 17.

(2) L. 3, § 1, Dig., *De stellion.* L. 4, C. *De crim. stellion.*

(3) L. 3, § 2, Dig., *De stellion.*

(4) L. 1, C. *De crim. stellion.* Lamoignon, t. 2, p. 101. Basnage, ch. 1.

Roye, etc., il était de principe qu'une créance ne pouvait acquérir d'hypothèque que par le *nantissement*.

Le nantissement s'effectuait en faisant inscrire la créance sur un registre public, afin d'avoir hypothèque sur les biens du débiteur, du jour de l'inscription. Il arrivait de là que l'héritage servant de nantissement ne pouvait plus être engagé ni aliéné au préjudice du créancier, qui était préféré à tous ceux qui n'avaient pas pris la même précaution, ou qui l'avaient prise postérieurement (1).

La formalité du nantissement avait, comme l'on voit, de grands avantages, puisque par son moyen le créancier, avant que de prêter son argent, pouvait consulter le registre des nantissements que le greffier tenait dans chaque justice royale et seigneuriale, et s'éclairer sur l'étendue des hypothèques que le débiteur avait déjà créées sur son immeuble.

Mais, suivant M. de Lamoignon, le nantissement ne remplissait son but qu'imparfaitement, d'abord parce qu'il était embarrassé de formalités minutieuses et extraordinaires, surtout dans quelques coutumes de Picardie ; en second lieu, parce qu'il ne garantissait pas des hypothèques tacites des mineurs, ni de celles des femmes mariées ; et comme l'on donnait au remploi des propres aliénés et à l'indemnité des dettes auxquelles la femme avait concouru, le privilége de l'hypothèque légale *du jour du contrat de mariage*, l'inscription sur le registre de nantissement était souvent inutile, attendu que les obligations qui pouvaient être faites par le mari et la femme conjointement n'avaient pas de bornes.

D'ailleurs, depuis l'ordonnance de Moulins, qui attribuait aux jugements une hypothèque générale, on préférait contracter par voie d'obligations sous seing privé, qu'on faisait reconnaître en justice trois jours après ; par ce moyen, on avait une hypothèque générale judi-

(1) Lamoignon, Arrêtés, t. 2, p. 103, note 1. Loyseau, liv. 3, ch. 1, n° 33. Répert., Devoirs de la loi et Nantissement.

ciaire, d'autant plus commode, qu'on n'était pas obligé de l'inscrire sur le registre des nantissements, et qu'on se trouvait dispensé de formalités gênantes; en sorte que M. de Lamoignon assure que, de son temps, l'usage des nantissements était fort affaibli (1).

560. Dans le reste de la France, l'hypothèque était occulte, et dépendait seulement de la date des contrats authentiques; un débiteur de mauvaise foi pouvait tromper ses créanciers sur sa position, accumuler sur ses biens une masse d'hypothèques supérieure à sa fortune, et tendre des piéges aux prêteurs de fonds par les apparences d'un crédit imaginaire.

Loyseau s'élevait avec force contre cet état de choses, qu'il considérait comme une source d'abus et de désordres.

« Mais l'inconvénient est grand, disait-il, à l'égard
» d'un tiers acquéreur de bonne foi, qui, pensant être
» assuré de ce qu'on lui vend, et qu'on met en sa pos-
» session, sachant bien qu'il appartenait à son vendeur,
» s'en voit enfin évincé et privé par un malheur inévi-
» table, au moyen des hypothèques précédentes, les-
» quelles étant constituées secrètement, il ne lui était
» pas possible de les savoir ni de les découvrir (2). »

561. Différentes tentatives furent faites pour remédier à ces inconvénients.

Henri III, par un édit de 1581, avait voulu établir dans toute la France un droit pareil à celui qui était en vigueur dans les coutumes de nantissement. Mais cet édit fut révoqué en 1588 (3).

En 1673, Louis XIV fit publier un édit qui rendait les hypothèques publiques; à cet effet, il établissait des greffes d'enregistrement, dans lesquels ceux qui auraient

(1) Mais ceci me paraît exagéré. V. les observations du parlement de Flandre, dans le discours de M. Treilhard (Discours et Motifs, t. 7, p. 59), et *infrà*, n° 863.

(2) De l'action hyp., liv. 3, n° 16.

(3) Basnage, ch. 1, Hyp.

des hypothèques pourraient former et faire enregistrer leurs oppositions ; ces enregistrements les faisaient préférer à ceux qui négligeaient cette formalité. Néanmoins, le trésor public, les mineurs et les femmes mariées furent dispensés de l'enregistrement des oppositions.

Mais cette grande innovation, conçue par le génie de Colbert, ne put résister aux préjugés du temps. L'édit de 1673 fut révoqué en avril 1674 ; car, dit le roi dans les motifs de son édit de révocation, « *les règlements les » plus utiles ont leurs difficultés dans leurs premiers éta» blissements.* »

L'édit de 1673 est curieux à méditer, aujourd'hui que nous marchons sous l'empire d'influences différentes. On y trouvera le germe d'un grand nombre de dispositions du Code Napoléon.

562. Mais il n'est pas moins curieux de voir les jugements dont il fut l'objet, avant que les esprits se fussent accoutumés à la publicité des hypothèques.

Basnage en parle avec une sorte de dédain, et l'on voit que cet auteur n'en avait compris ni le dessein ni les résultats : « Aussi l'a-t-on toujours considéré comme édit » bursal, et la seule utilité que l'on en tire ne consiste » qu'à découvrir quelquefois une fausseté, ou pour em» pêcher qu'elle ne se commette aisément (1). » Je prie de faire attention à ces dernières expressions de Basnage : comment cet écrivain ne voit-il pas qu'un *édit, qui empêchait les faussetés de se commettre aisément*, était précisément ce que demandaient tous les jurisconsultes, et ce que cherchaient les meilleurs esprits politiques? Mais Basnage ne sera jamais, pour ceux qui l'ont lu attentivement, qu'un auteur fort médiocre, manquant non-seulement d'ordre et de clarté, mais d'un vrai savoir et d'un discernement exact (2).

(1) Hyp., ch. 1.

(2) Cette absurdité de Basnage n'a pas empêché M. Bigot de Préameneu de s'appuyer sur son opinion pour prétendre que l'édit de Colbert n'était que bursal (Conf., t. 7, p. 45).

M. Daguesseau ne fut jamais partisan ni de l'édit de 1673, ni de la publicité des hypothèques. Son opinion est fondée sur les motifs d'une politique assez étroite, et sur des préjugés aujourd'hui décriés. Il croyait que la publicité des hypothèques tuait le crédit des particuliers, en permettant des investigations curieuses dans le secret des familles, en découvrant des plaies que le temps eût guéries, et que le grand jour rendait incurables, en faisant disparaître pour toujours ces heureuses occasions qui permettent à l'un de rétablir son commerce par une opération habile, à l'autre de faire un mariage avantageux qui le met à même de payer les dettes de sa maison, etc.

Cependant d'autres jurisconsultes estimés appelaient de tous leurs vœux cette publicité dont nous sentons aujourd'hui les avantages, et luttaient contre les opinions de leur siècle. Tel fut d'Héricourt (1) : il désirait que les coutumes de nantissement fussent adoptées dans toute la France, et il sollicitait le rétablissement de l'édit de 1673.

563. L'édit de juin 1771 eut pour but de le faire revivre en partie : c'est ce que déclare le roi dans le préambule. « Nous nous sommes déterminé, dit-il, à faire » revivre un projet aussi utile, en lui donnant une forme » nouvelle, qui pût en rendre l'exécution plus facile, » plus assurée et d'un avantage plus général. »

Cet édit fit disparaître les décrets volontaires, qui souvent absorbaient le prix des immeubles (Préambule de l'édit). Lorsqu'un acquéreur craignait de n'avoir pas ses sûretés, et voulait purger les hypothèques des biens par lui acquis, il stipulait ordinairement qu'il pourrait faire un décret volontaire, et qu'il ne serait tenu de payer le prix de l'acquisition qu'après que le décret aurait été scellé sans opposition.

Pour parvenir à ce décret volontaire, on passait une

(1) Vente des immeubles, chap. 11, sect. 3, n° 8; ch. 14, n° 7.

obligation en brevet d'une somme exigible au profit d'un tiers, qui en donnait à l'instant une contre-lettre : en vertu de cette obligation, celui qui en paraissait créancier faisait saisir réellement le bien dont il s'agissait, et en poursuivait la vente par décret. Les formalités de ce décret étaient les mêmes que celles du décret forcé; si ce n'est que quand le décret volontaire se poursuivait sur l'acquéreur, on devait remarquer dans la procédure quel était le vendeur, afin que ses créanciers fussent avertis de former leur opposition (1).

Ces formalités *longues et de grand coût*, comme dit Loyseau (2), avaient été imaginées dans l'absence d'une bonne législation hypothécaire, pour veiller aux droits et à la tranquillité des acquéreurs, et pour que les vendeurs pussent recevoir le prix de leur bien.

L'édit de Louis XV substitua à la formalité des décrets volontaires, celle des lettres de ratification qui purgeaient les immeubles des hypothèques dont ils étaient grevés. L'acquéreur exposait publiquement son titre d'acquisition. Les créanciers du vendeur devaient se faire connaître, et former opposition aux lettres de ratification (art. 8 et 9). Ils pouvaient requérir la surenchère pour éviter les fraudes. Ils étaient payés sur le prix par ordre de leurs priviléges et hypothèques. S'il n'y avait pas d'opposition dans le délai fixé, les lettres de ratification étaient scellées purement et simplement, et l'immeuble purgé. On n'exceptait pas même de l'obligation de former des oppositions, les femmes, les mineurs et les interdits, pour leur hypothèque légale (art. 17) (3).

Mais, comme le remarque M. Grenier (4), cet édit n'atteignait encore qu'une partie du but. Il laissait l'hypothèque occulte ; les prêteurs ne se connaissaient pour la première fois qu'à l'ordre, et c'était seulement alors que

(1) Répert., Décret d'immeubles.
(2) Act., Hyp., liv. 3, ch. 1, n° 9.
(3) *Infrà*, n° 892 et 996.
(4) Disc. prélim., p. 26, et M. Treilhard (Conf., t. 7, p. 59).

plusieurs acquéraient la fâcheuse certitude qu'ils avaient été victimes d'une fausse sécurité, et qu'ils avaient prêté sans espoir d'être remboursés.

Aussi cet édit excita-t-il des réclamations générales dans les pays de nantissement, que l'art. 35 avait voulu priver de l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque et préférence.

Dans ses remontrances, le parlement de Flandre disait : « qu'il fallait considérer la publicité des hypothèques comme le chef-d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets, et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux (1). »

Tel fut l'état des choses jusqu'à la révolution.

564. Les formes du nantissement furent abrogées par les lois destructives de la féodalité ; car plusieurs de ces formes étaient empruntées au régime féodal. La loi du 27 septembre 1790 les remplaça par la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque. Cette transcription se faisait au greffe des tribunaux.

La loi du 9 messidor an III fut la première qui établit la publicité de l'hypothèque. Elle voulut que tout titre conférant l'hypothèque fût inscrit chez le conservateur.

L'hypothèque était acquise du jour du contrat s'il y avait inscription dans le mois ; passé ce délai, l'hypothèque ne prenait plus rang que du jour de son inscription. Cette idée de l'inscription est à peu près la seule chose qui soit restée de cette loi, trop empreinte, dans ses autres parties, de l'esprit d'une faction qui voulait révolutionner la propriété. Par exemple, on avait imaginé de créer ce qu'on appelait du nom bizarre d'*hypothèque sur soi-même* (art. 36) (2). Le propriétaire faisait la déclara-

(1) Disc. de M. Treilhard, *loc. cit.*

(2) V. mon Comm. de la *Vente*, t. 2, n° 906. Je donne de nouveaux aperçus sur les inconvénients de cette loi.

tion de ses biens au conservateur des hypothèques : l'estimation en était déterminée par une expertise faite contradictoirement avec le conservateur, qui était garant envers les tiers de leur valeur capitale. Le conservateur délivrait au propriétaire des *cédules hypothécaires* en autant de coupons qu'il désirait, et jusqu'à concurrence des trois quarts du prix vénal des biens déclarés, y compris le montant des hypothèques dont ils étaient déjà grevés. Ces cédules hypothécaires étaient transmissibles par voie d'*endossement à ordre ;* elles formaient titre exécutoire contre le souscripteur au profit de celui à l'ordre duquel elles étaient passées. Ainsi le sol se trouvait mobilisé, mis en portefeuille, et livré, comme je l'ai dit dans mon Commentaire de la *Vente*, à toutes les chances du jeu et de l'agiotage!!! Cette idée n'eut pas de faveur, et la loi du 9 messidor ne fut pas même mise à exécution. On voit combien les intérêts de ceux qui gouvernaient alors étaient en harmonie avec les opinions et les intérêts de la nation ! Peut-être y a-t-il aujourd'hui quelque secte philosophique qui regrette ce système destructif de la propriété foncière (1). Tout ce que je puis en dire, c'est que je le trouve radicalement impraticable et profondément antipathique aux besoins que la sagesse du législateur doit spécialement protéger.

564 *bis.* La loi du 11 brumaire an VII fut vraiment créatrice d'un bon système hypothécaire en France, et beaucoup d'excellents esprits pensent que le Code Napoléon est loin de l'avoir dignement remplacée ; elle fut établie sur trois principes fondamentaux : la spécialité de l'hypothèque, sa publicité par l'inscription, et la nécessité de la transcription pour la transmission de la propriété. Son système est au surplus encore trop près de nous, pour que j'ajoute quelque chose à ce que j'en ai dit dans la préface de cet ouvrage.

(1) M. Decourdemanche le propose dans son livre intitulé : *Du danger de prêter sur hypothèque*, p. 171.

565. C'est avec raison que le Code Napoléon a voulu (1) que la publicité présidât aux transactions hypothécaires; le crédit des particuliers, comme celui des états, s'entretient par la confiance. Le crédit, a dit très-bien l'abbé Maury, est *l'usage de la puissance d'autrui.* Cet auxiliaire manquerait aujourd'hui à celui qui voudrait envelopper ses affaires de secrets et de ténèbres, et qui ne jouerait pas *cartes sur table.*

Mais le Code Napoléon a-t-il complètement rempli les espérances des partisans de la publicité? J'ai examiné cette question dans la préface de cet ouvrage. On voudra bien y recourir.

566. L'inscription est, d'après notre article, l'instrument, le véhicule de la publicité ; mais elle ne fait pas l'hypothèque, elle la met seulement en action. On peut appliquer ici les réflexions que j'ai faites ci-dessus sur l'inscription des priviléges (2).

L'effet de l'inscription est de déterminer le rang des hypothèques *entre créanciers.* Peu importe l'époque des contrats portant constitution d'hypothèque. L'hypothèque est inerte tant que l'inscription ne la fait pas connaître. Les créanciers ne doivent en tenir compte *entre eux* que suivant les dates de l'émission des inscriptions. Car elles seules leur apprennent les charges qui pèsent sur le débiteur; sans cela ils n'auraient pas traité avec lui.

567. Puisque l'inscription n'est requise que pour assurer le rang des hypothèques *entre créanciers*, il suit qu'elle n'est pas requise à l'égard du débiteur. En effet, tout créancier porteur d'un titre authentique peut faire exproprier son débiteur (art. 2213 du Code Napoléon); il n'est donc pas nécessaire d'être créancier hypothécaire

(1) Le système adopté par le Code Napoléon éprouva des difficultés au conseil d'État. On peut voir, par les efforts que fait M. Treilhard pour défendre, dans son discours au corps législatif, *la spécialité et la publicité*, qu'il y avait encore beaucoup de préjugés en faveur de l'hypothèque générale et occulte.

(2) N° 266.

inscrit pour forcer un débiteur à remplir ses engagements sur ses immeubles.

Cependant, comme le fait remarquer M. Grenier (1), il est toujours prudent de s'inscrire. Car avant la dénonciation prescrite par l'art. 687 du Code de procédure civile, le débiteur peut vendre la chose dont on fait l'expropriation, et priver de son gage le poursuivant qui ne s'est pas attribué un droit de suite à l'égard des tiers (art. 692 Code de procédure civile) (2).

568. Mais on a demandé si les créanciers chirographaires peuvent opposer à un créancier hypothécaire le défaut de son inscription, lorsque, le cas de faillite venant à arriver, il n'est plus possible de prendre inscription.

On peut dire, pour la négative, qu'étant les ayants-cause du débiteur, ils ne peuvent être de meilleure condition que lui ;

Que l'inscription, n'étant requise que pour assurer la préférence des hypothèques, ne paraît avoir été exigée par la loi que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, et non des créanciers chirographaires ;

Que les créanciers chirographaires, par cela même qu'ils ont cette qualité, n'ont pas cherché à s'assurer un droit de suite sur les immeubles du débiteur, qu'ils ne peuvent être mis sur la même ligne que celui qui a pris la précaution de stipuler pour lui une hypothèque.

Mais ces raisons sont plus spécieuses que solides.

L'art. 2134 ne distingue pas. *Entre créanciers*, dit-il ; ces termes sont généraux et ne comportent pas d'exception. Notre article doit être rapproché d'ailleurs de l'article 2113 du Code Napoléon, qui dit formellement que l'hypothèque ne date, *à l'égard des tiers*, que de l'époque des inscriptions. Or, on doit comprendre dans la classe des tiers, non-seulement les créanciers hypothé-

(1) T. 1, p. 138.
(2) Répert., Saisie immob., § 9, art. 1, n° 14.

caires, mais encore les créanciers chirographaires. Car, quoique les uns et les autres tirent leurs droits du débiteur, ils ne tiennent pas leur rang de lui, et, par conséquent, ils sont tiers les uns à l'égard des autres pour s'opposer à ce que des préférences injustes soient établies en faveur de quelques-uns au préjudice de tous. La loi a déterminé les causes de préférence. Ce sont le privilége et l'hypothèque. Mais l'hypothèque, pour sortir de son inertie, est soumise à des conditions. Elle doit être inscrite ; sans cela, elle n'est qu'un corps privé des facultés qui le font mouvoir. Elle est réduite à un état purement passif, et la loi lui refuse le droit de produire une préférence.

En poussant plus loin les arguments, on voit par l'art. 2135 qu'il n'y a que certaines hypothèques privilégiées qui ont existence, *à l'égard des tiers*, indépendamment de toute inscription. Telles sont les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Donc, toutes les autres hypothèques n'ont d'existence entre créanciers, à l'égard des tiers, qu'avec le concours de l'inscription. Donc, les créanciers chirographaires ont intérêt à repousser, comme incomplète, toute hypothèque dépourvue d'inscription.

Peu importe que les créanciers chirographaires n'aient pas cherché à s'assurer une préférence sur les biens de leur débiteur. Ce n'est pas une raison pour créer contre eux d'injustes préférences. C'est avec bien plus de raison qu'ils peuvent dire au créancier hypothécaire non inscrit, qu'ayant manqué aux obligations imposées par la loi, il ne doit pas réclamer son bénéfice.

Au surplus, ce dernier système a été consacré par différents arrêts (1), et personne ne le conteste aujourd'hui.

569. On a aussi agité la question de savoir si le créan-

(1) Pau, 23 juin 1816 (Dal., Hyp., p. 168). Cassat., 11 juin 1817 (Idem, p. 242). Rép. Inscript., p. 136. Q. de Droit, v° Succession vacante, § 1, n° 2. Grenier, Hyp., t. 1, p. 123 et suiv. Dalloz, Hyp., p. 223, n° 2.

cier hypothécaire inscrit, qui a eu connaissance d'une hypothèque antérieure non inscrite, peut ensuite opposer le défaut d'inscription.

L'affirmative est incontestable, et a été jugée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 6 juin 1809 (1).

En effet, la loi ayant exigé, par des motifs d'intérêt général, que l'hypothèque soit inscrite, toute hypothèque non inscrite est réduite *ad non esse*, à l'égard des tiers, soit qu'ils aient eu connaissance de l'hypothèque, ou qu'ils l'aient ignorée. Une circonstance particulière, telle qu'une notion extra-judiciaire, ne peut faire fléchir la volonté du législateur.

569 *bis*. L'art. 2134 soumet à l'inscription toutes les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles.

On a vu ci-dessus que dans les coutumes de nantissement les hypothèques judiciaires n'étaient pas soumises au nantissement (n° 559). C'était un vice radical qui permettait d'éluder les dispositions de la loi protectrices de la publicité.

Eclairé par l'expérience, le législateur a évité cet inconvénient, en soumettant à l'inscription l'hypothèque judiciaire.

On verra dans l'article suivant quelles hypothèques légales sont dispensées de l'inscription.

570. L'inscription n'est pas abandonnée pour la forme aux caprices des parties. Cette formalité était trop importante pour que le législateur ne prît pas le soin d'indiquer les solennités par lesquelles s'établit la publicité. On verra, quand j'analyserai l'art. 2146, quelle est sur ce point la théorie du Code Napoléon.

ARTICLE 2135.

L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription,

(1) Sirey, 14, 2, 62. Dal., p. 418, note 7.

1° Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle;

2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet ;

Elle n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre.

SOMMAIRE.

571. L'absence d'inscription pour les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits, ne peut leur être opposée. Quand les hypothèques sont inscrites, elles ne prennent pas rang de l'inscription.

572. La dispense d'inscription pour hypothèque des *mineurs* subsiste, même après la fin de la tutelle. Cette hypothèque, ainsi que celle des interdits, remonte à l'acceptation de la tutelle.

573. L'art. 2135 a profité aux individus en état de minorité lors de sa promulgation, bien que la tutelle fût commencée sous la loi de l'an VII. Mais les créanciers qui s'étaient fait inscrire ont conservé leur priorité sur le mineur, pour qui l'art. 2135 a valu inscription. L'art. 2135 n'a pas profité aux personnes dont la tutelle était finie lors de sa promulgation.

574. De l'hypothèque légale des femmes. Renvoi pour le détail des droits qui en sont investis.

575. Tous ces droits ont hypothèque légale sans inscription. Réfutation de l'opinion de M. Grenier, qui veut que les droits paraphernaux de la femme soient inscrits. Sens des mots *reprises* et *propres* dans leur plus large acception.

576. L'hypothèque légale des femmes demeure dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage.

577. Époque à laquelle remonte l'hypothèque de la femme. Le projet de Code Napoléon proposait une époque unique. Le tribunat démontra que cela eût favorisé les fraudes. Adoption du système de plusieurs époques différentes, suivant les droits divers de la femme.

578. Époque de l'hypothèque pour *dot* et *conventions matrimoniales*.

579. Quand il y a contrat de mariage, l'hypothèque remonte au jour du contrat. Textes positifs en faveur de cette opinion.

580. Elle s'appuie d'ailleurs du principe qui veut que les conditions mixtes, comme la condition *si le mariage s'accomplit*, produisent un effet rétroactif.

581. M. Grenier, M. Persil et M. Dalloz pensent cependant que l'hypothèque pour dot ne prend date que du jour du mariage. Réfutation de cette doctrine par les lois romaines.

582. Et par l'opinion de Domat, de Lamoignon, de Basnage et de plusieurs arrêts.

583. Lebrun, tout en reconnaissant que la rétrogradation devait avoir lieu au jour du contrat, proposait de ne l'admettre qu'autant qu'il se serait écoulé peu de temps entre le contrat et les noces. Mais cette limitation était repoussée par la jurisprudence des arrêts. D'ailleurs, il ne fallait pas permettre que le mari se dépouillât du gage dû à sa femme dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et les noces.

584. Arguments tirés de différents textes du Code, et particulièrement de l'art. 1404. Conclusion.

584 *bis*. C'est au jour du contrat que remonte l'hypothèque pour *dot* et *conventions matrimoniales*, quand même il y aurait des termes stipulés pour le payement.

585. Étendue des mots *dot* et *conventions matrimoniales*. Tout ce qui est dotal n'a pas hypothèque du jour du contrat de mariage. Les biens à venir sont dotaux quand cela a été convenu ; mais ils n'ont hypothèque que du jour où ils font échéance à la femme. Exemple tiré des donations et successions échues à la femme.

586. Quand une donation produit-elle son effet?

587. Détails d'autres droits éventuels qui peuvent échoir à la

femme. Par exemple, sommes provenant de l'exercice d'une action en rescision, ou d'un réméré exercé par le vendeur quand l'immeuble grevé du pacte de rachat était dotal, ou d'un rachat de rente quand la rente rachetée était dotale. Date de l'hypothèque de ces différents droits.

588. De l'hypothèque de la femme pour *indemnité des dettes.* Origine de cette hypothèque. Inconvénients de l'ancienne jurisprudence, qui la faisait rétrograder au jour du contrat. Pour éviter les fraudes, le Code Napoléon a voulu qu'elle ne prît date que du jour de l'obligation.

588 *bis*. La femme ne peut pas stipuler dans son contrat de mariage que son hypothèque, pour indemnité des dettes, remontera au jour du mariage. Réfutation de l'opinion contraire de MM. Delvincourt et Dalloz. Explication d'un arrêt de la Cour de cassation.

589. Origine de l'hypothèque de la femme pour remploi de propres aliénés. Sa date.

589 *bis*. Il ne faut pas confondre l'hypothèque pour *dot* aliénée avec l'hypothèque pour *propres* aliénés. La première a effet rétroactif, mais pas la seconde. La femme ne pourrait déroger par son contrat à la disposition de notre article, qui veut que l'hypothèque pour remploi de propres prenne date du jour de la vente.

590. Date de l'hypothèque pour les paraphernaux.

591. De la preuve des sommes paraphernales reçues par le mari.

592. Date de l'hypothèque pour augment de dot. Législation actuelle sur l'augment de dot.

593. De la forme des quittances de dot. Font-elles foi contre les tiers quand elles sont sous seing privé?

594. Modification à tout ce qui a été dit pour les femmes des faillis.

595. De la renonciation de la femme à son hypothèque légale. Il ne s'agit ici que de la renonciation *au profit d'un tiers.* Renvoi pour la renonciation *au profit du mari.*

596. De la femme mariée sous le *régime dotal.* Par le droit romain, elle pouvait renoncer à son hypothèque.

597. Mais seulement quand cela ne faisait pas péricliter sa dot.

598. Cas où sa renonciation pouvait être utile au cessionnaire.

599. Par la jurisprudence formée sur le droit romain, on distinguait deux sortes de renonciations à l'hypothèque, *la renonciation expresse* et *la renonciation tacite.* Exemples de *renonciation tacite.*

600. Disputes sur les effets de la renonciation *in favorem.* Il faut dire qu'elle équivalait à une cession.

COMMENTAIRE.

571. L'hypothèque légale des mineurs, interdits et femmes mariées, existe à l'égard des tiers, indépendamment de toute espèce d'inscription. Ce n'est pas que la loi exempte tout à fait ce genre d'hypothèque de l'inscription. Nous verrons dans les articles suivants qu'elle charge les tuteurs, les subrogés-tuteurs, les maris, etc.,

de veiller, sous des peines sévères, à l'inscription. Mais le défaut d'inscription ne porte pas préjudice aux mineurs, aux interdits et aux femmes. Leur hypothèque n'en subsiste pas moins dans toute sa plénitude.

De plus, dans le cas où ces hypothèques sont inscrites, ce n'est pas du jour de leur inscription qu'elles prennent leur date. On verra tout à l'heure à quel moment commence leur naissance (1).

572. L'hypothèque des mineurs et interdits frappe sur les biens des tuteurs pour tous les actes *de gestion*. On a vu ci-dessus l'étendue de ce droit d'hypothèque, et quelles personnes y sont soumises (2).

Cette hypothèque date du jour de l'*acceptation de la tutelle*. J'en ai dit les raisons ci-dessus (3).

Elle subsiste, avec le privilége d'exemption d'inscription, même après la fin de la tutelle, comme l'a très-bien prouvé M. Tarrible (4) ; et c'est ce qu'a décidé un avis du conseil d'État du 8 mai 1812 (5). Cependant M. Grenier critique cet acte législatif, et pense qu'on devrait fixer au mineur devenu majeur un délai pour faire inscrire sa créance sur les biens de son tuteur (6).

(1) J'ai discuté, dans la préface de ce Commentaire, la grande question de l'hypothèque occulte de la femme et des mineurs. Ce n'est que depuis l'impression de cette partie de mon travail que j'ai eu connaissance d'un article de M. Wolowski, avocat à Paris, qui en critique les bases principales (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 276). Quelle que soit l'opinion qu'on se forme sur les innovations proposées par ce jurisconsulte, innovations auxquelles, je dois l'avouer, résistent mes convictions, on n'en lira pas moins avec le plus grand intérêt sa dissertation.

(2) *Suprà*, 420 et suiv.

(3) N° 428.

(4) Répert., Inscript., p. 195.

(5) Dall., Hyp., p. 135. Voyez dans la préface du présent Commentaire les dispositions du Code napolitain, p. XI. — J'ai cité plus haut des arrêts desquels il résulte que l'hypothèque légale du mineur frappe, avec dispense d'inscription, même sur les immeubles advenus au tuteur après la dissolution de la tutelle. (V. n° 433 *bis*, à la note.)

(6) Mais à défaut de ce délai que la loi n'a pas fixé, la jurispru-

D'après ces expressions « *du jour de l'acceptation de la tutelle,* » il faut décider que l'hypothèque pour prix d'aliénation de biens du mineur date, non pas du jour de la vente, mais de l'époque indiquée par notre article. C'est ainsi qu'a jugé la cour de Toulouse (1), par arrêt du 18 décembre 1826.

573. D'après la loi de brumaire an VII, l'hypothèque légale des mineurs devait être inscrite (2).

Le Code, en rétablissant cette hypothèque sans inscription, a donné lieu à une question transitoire que je ne dois pas omettre.

C'est de savoir si la dispense d'inscription devait s'appliquer seulement aux individus en état de minorité à l'époque de la promulgation du Code, ou bien si les mineurs, devenus majeurs à l'époque de cette promulgation, étaient également affranchis de l'obligation de prendre inscription pour la gestion tutélaire exercée sous l'influence de la loi de l'an VII.

Par un arrêt du 14 février 1816, la Cour de cassation a décidé que l'innovation résultant du Code Napoléon ne devait profiter qu'aux individus mineurs à sa promulgation ; mais qu'à l'égard des tutelles terminées sous l'empire de la loi de l'an VII, le mineur devenu majeur devait nécessairement prendre inscription pour la conservation de ses droits : sans quoi, c'eût été donner à l'art. 2135 du Code Napoléon un effet rétroactif qu'il déclare, par sa disposition finale, ne pas entrer dans son esprit (3).

dence s'est arrêtée à une prescription qu'elle oppose au mineur. Jugé, en effet, que l'hypothèque légale se trouve éteinte par l'expiration du délai de dix ans écoulés depuis la majorité sans qu'aucune inscription ait été prise, non-seulement en ce qui touche l'administration tutélaire, mais encore en ce qui touche les créances antérieures à la tutelle. Paris, 17 juin 1837, et Grenoble, 30 juin 1838 (Sirey, 38, 2, 161, et 39, 2, 106).

(1) Dall., 1827, 2, 174.

(2) C'est ce qui a été proposé à Genève, dans le rapport de M. Girod (Thémis, t. 9, p. 2 et suiv.). Voyez ma préface.

(3) Dalloz, Mariage, p. 190.

Une décision conforme est émanée de la cour de Bruxelles, et M. Dalloz cite plusieurs autres arrêts semblables, sans en donner le texte (1).

Mais si la minorité n'était pas terminée sous l'empire de la loi de l'an VII, et si le Code Napoléon eût trouvé le tuteur encore en exercice, ses dispositions eussent profité au pupille. C'est ce qu'a jugé la cour de Turin par arrêt du 25 janvier 1811 (2).

Remarquez toutefois que ceux qui seraient inscrits avant le mineur, sous la loi de brumaire an VII, ne pourraient être primés par lui, même depuis qu'il profiterait du bénéfice de notre article. En effet, l'art. 2135 a valu inscription pour les mineurs et a fait remonter leurs droits à l'acceptation de la tutelle ; mais c'est sans préjudice des droits acquis aux tiers (3).

574. Je passe à l'hypothèque légale des femmes mariées.

J'ai fait connaître ci-dessus (4) quels sont les droits des femmes qui sont garantis par l'hypothèque légale. Ce sont tous les droits *et toutes les créances* de la femme, telles que dot, reprises, remploi, indemnité de dettes, gains nuptiaux, biens paraphernaux, etc.

575. Mais l'hypothèque légale créée pour tous ces objets, est-elle dans tous les cas affranchie de l'inscription ?

M. Grenier s'est fait le défenseur zélé de l'opinion qui veut que l'hypothèque légale des femmes ne soit affranchie d'inscription que pour les sommes et biens dotaux, mais qu'elle soit nécessairement inscrite pour ce qui concerne les paraphernaux. Il a fait sur cette thèse une

(1) Hyp., p. 162, n[os] 2 et 3. — Voici la date de ces arrêts et l'indication des cours desquelles ils émanent : Bruxelles, 25 juillet 1807 et 15 janvier 1813. Cass., 28 août 1827 (Sirey, 7, 2, 1008, et 28, 1, 10).

(2) Dall., Hyp., p. 161 et 162. — *Junge* Cass., 15 janvier 1833 (Sirey, 33, 1, 267).

(3) *Infrà*, n° 638, plusieurs questions analogues.

(4) N° 418.

longue dissertation (1). Combattu par M. le professeur Demante dans un article de la Thémis (2), il a répondu avec force dans le même recueil (3).

Il est cependant extraordinaire que M. Grenier se montre si fermement attaché à cette opinion inadmissible. Il reconnaît lui-même que l'hypothèque légale protége *toutes les créances* quelconques de la femme (4). Mais cette concession ne décide-t-elle pas à elle seule la question? Car c'est le propre de l'hypothèque légale de la femme d'être dispensée d'inscription. Sans quoi, il faudrait admettre que la loi aurait créé pour la femme deux sortes d'hypothèques légales, l'une affranchie d'inscription, l'autre soumise à cette formalité, et c'est ce que le législateur n'a dit nulle part.

Cependant M. Grenier prétend trouver cette distinction dans l'art. 2135.

Cet article, dit-il, limite l'exemption d'inscription aux hypothèques légales pour dot et conventions matrimoniales; en effet, il ne parle pas des paraphernaux, et assurément la mention *de la dot, des sommes* dotales, l'aurait averti qu'il fallait aussi s'expliquer sur les sommes et biens extradotaux, s'il n'avait pas voulu les exclure.

Or, qu'entend-on par dot? Sous le régime dotal, on entend tout ce qui est constitué par la femme au mari pour soutenir les charges du mariage. C'est tout ce qu'elle apporte dans l'association conjugale en vertu du contrat de mariage. Le reste est extradotal.

Sous le régime de la communauté, la dot a plus d'étendue. Elle comprend la totalité des biens que la femme possède, ou acquiert pendant le mariage. Sous ce régime, il n'y a à proprement parler que des biens dotaux, du moins par l'effet, s'ils ne le sont pas par la dénomination. Car on voit dans l'art. 1530 que, dans le cas même où

(1) T. 1, n° 227.
(2) T. 6, p. 20.
(3) T. 6, p. 362.
(4) *Suprà*, n° 418.

les époux se marient sans communauté, cette clause ne donne pas à la femme le droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir les fruits ; ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. Or, tel est aussi le droit que la loi donne au mari sur les biens expressément constitués; c'est celui de jouir de ces biens pour supporter les charges du mariage. Ainsi, continue M. Grenier (1), on doit tenir pour dotales, sous le régime de la communauté, toutes les sommes appartenant à la femme, qui ont passé par les mains du mari, quelle que soit leur source.

Maintenant qu'entend-on, poursuit notre auteur, par conventions matrimoniales ? Ce sont les gains et avantages matrimoniaux faits à la femme pour cas de survie. Ces expressions n'ont pas d'autre étendue.

Ceci posé, il faut dire que l'hypothèque légale sans inscription n'a lieu que 1° pour la dot, c'est-à-dire pour les biens présents et à venir que la femme mariée sous le régime dotal a pu se constituer en dot; 2° pour les sommes qui sous le régime de la communauté ont passé dans les mains du mari, quelle que soit leur origine, par exemple pour reprises, indemnité de dettes, sommes provenant de successions échues, etc. ; 3° pour les gains nuptiaux et autres avantages résultant du contrat de mariage.

Donc, conclut M. Grenier, les biens extradotaux se trouvent exclus. Donc l'hypothèque pour cet objet est soumise à l'inscription.

Mais cette argumentation de M. Grenier s'écroule devant les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, qui portent que les acquéreurs des immeubles du mari ne purgent les hypothèques *non inscrites* pour *dot, reprises et conventions matrimoniales*, qu'en observant les formalités qu'ils prescrivent.

Or, les sommes extradotales, les biens paraphernaux

(1) D'après M. Tarrible, Rép., Inscript.

forment *une reprise* de la femme contre son mari ; il suit de là que leur hypothèque n'a pas besoin d'inscription, aux termes des articles précités.

Cependant M. Grenier repousse cette explication, en disant que l'expression *reprise*, dont se sert le législateur, ne s'applique qu'au régime de la communauté, pour le remploi des propres aliénés et l'indemnité des dettes.

Mais cette interprétation n'est pas exacte. Le mot *reprise*, dans son acception générale, doit s'appliquer à tout ce que la femme a le droit de réclamer du mari, à toutes les répétitions de choses dotales ou extradotales qu'elle peut faire sous l'un et l'autre régime.

Et Chabrol atteste que dans l'Auvergne, où les maris s'emparaient despotiquement de l'administration et des fruits des biens paraphernaux, on se servait du mot *reprise* dans tous les actes de liquidation des droits des femmes mariées. L'article 561 (anc. 548) du Code de commerce emploie le mot *reprise* en ce sens.

Il y a plus : les mots *propres aliénés*, dont se sert l'article 2135, sont encore décisifs pour condamner l'opinion de M. Grenier. Un bien paraphernal est sans aucun doute un *bien propre*. Qu'on ne dise pas que le mot *propre* ne s'emploie que dans le régime de la communauté ; car le législateur s'en sert dans l'article 1546 relatif au régime dotal et à la constitution de la dot. Il est donc clair que la femme qui possèderait des immeubles paraphernaux dont son mari aurait fait l'aliénation, serait protégée par le bénéfice de cette disposition de notre article.

Dès lors, il est palpable que la responsabilité du mari, si explicitement accompagnée d'hypothèque sans inscription, pour le cas d'aliénation d'un paraphernal, doit rester le même dans tous les autres cas où le mari a des comptes à rendre à sa femme pour le maniement de ses paraphernaux.

D'ailleurs les mêmes empêchements moraux qui ont fait dispenser les femmes de l'inscription de l'hypothèque pour leurs dots existent pour l'hypothèque légale des

sommes paraphernales dont leurs maris ont touché le montant. Le mari, par son influence, pourrait priver la femme du droit de s'inscrire, et celle-ci se verrait réduite à une condition pire que celle d'un créancier ordinaire, qui, dit M. Tarrible (1), a pu prendre toutes ses sûretés.

C'est ce dernier système que la Cour de cassation a adopté par un arrêt du 6 juin 1826, portant cassation d'un arrêt de la cour de Riom du 4 mars 1822, rendu sous la présidence de M. Grenier et rédigé par ce magistrat (2). Déjà la Cour suprême avait jeté les fondements de sa jurisprudence par un arrêt du 21 juin 1822 (3). Mais son arrêt de 1826 est plus remarquable, puisque c'est M. Grenier lui-même qu'il condamne, et que l'arrêt annulé contenait sur la question une théorie developpée avec beaucoup de soin et de force. On cite, dans le système que la Cour de cassation a fait prévaloir, plusieurs arrêts (4). Néanmoins, il en existe d'autres en sens contraire (5). Il est étonnant qu'il y ait diversité d'opinions sur une question si positivement décidée par la loi.

576. L'hypothèque légale de la femme demeure dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage. C'est ce que M. Tarrible a fort clairement établi (6),

(1) Inscript., § 2, n° 9.

(2) Dalloz, 26, 1, 294.

(3) Dalloz, Hyp., p. 139.

(4) Riom, 20 février 1819 (Sirey, 20, 2, 275). Lyon, 16 août 1823 (Den., 24, 2, 47). Pau, 15 janvier 1823. M. Dalloz cite ces arrêts sans en donner le texte. Autre arrêt portant cassation, du 28 juillet 1828 (Dall., 28, 1, 353). Toulouse, 14 février 1829 (Dall., 29, 2, 150), et 7 avril 1829 (Dall., 29, 2, 151). Bordeaux, 20 juin 1835 (Dall., 36, 2, 48).

(5) Montpellier, 22 décembre 1822. Dalloz, Hyp., p. 140. Toulouse, 6 décembre 1824 et 30 août 1825 (Sirey, 25, 2, 428, et 26, 2, 106). Mais la cour de Toulouse, qui avait rendu deux arrêts contre la femme, a abandonné sa jurisprudence, ainsi qu'on l'a vu à la note précédente.

(6) Inscript., p. 195.

et c'est ce qui résulte de l'avis du conseil d'Etat du 8 mai 1812 (1).

Il suit de là que le changement d'état de la femme n'apporte aucun changement aux prérogatives attachées à ses droits, et que ses héritiers peuvent exercer les actions résultant de son hypothèque légale, telle qu'ils la trouvent, c'est-à-dire sans inscription. On a pensé qu'il eût été injuste que l'effet de l'hypothèque légale se fût précisément évanoui à la dissolution du mariage, c'est-à-dire à l'époque où le moment est venu d'en retirer les avantages (2).

Néanmoins M. Grenier trouve qu'il y a un vice dans cet état de choses, et il fait des vœux pour que le législateur y apporte des changements (3). Il voudrait qu'on fixât à la femme un délai, après la dissolution du mariage, pour qu'elle fasse inscrire sa créance sur les biens de son mari.

577. Venons à la fixation de l'époque à laquelle remonte l'hypothèque légale de la femme.

(1) Dall., Hyp., p. 135. C'est aussi ce que la jurisprudence confirme. V. Turin, 10 janvier 1812 (Sirey, 12, 2, 448). Montpellier, 1er février 1828 et 24 février 1829 (Sirey, 28, 2, 194, et 31, 2, 46). Bordeaux, 24 juin 1836 (Sirey, 37, 2, 38). — V. aussi Paris, 16 mars 1839 (Dalloz, 39, 2, 115). — V. cependant Nîmes, 28 mars 1806, et Agen, 8 mai 1810 (Sirey, 7, 2, 1007, et 11, 2, 167).

(2) Turin, 10 juin 1812 (Sirey, 12, 2, 448). — Toutefois, lorsque le mari détient les biens non plus comme mari, mais comme donataire en usufruit de son épouse et après délivrance obtenue des héritiers de cette dernière, les héritiers cessent d'avoir hypothèque légale pour la restitution de ces biens. La novation dans le titre en vertu duquel le mari possède a éteint l'hypothèque légale préexistante. Paris, 15 janvier 1836 (Sirey, 36, 2, 158; Dall., 36, 2, 69). Cass., 3 déc. 1834 (Sirey, 35, 1, 51; Dall., 35, 1, 58). Cass., 15 nov. 1837 (Sirey, 38, 1, 123). Bordeaux, 3 mars 1842. Paris, 9 mars 1844 (Sirey, 44, 2, 497). Douai, 21 août 1844 et 4 mai 1846 (Sirey, 46, 2, 470).

(3) T. 1, p. 524, n° 245. J'ai rapporté dans la préface les dispositions du Code napolitain sur ce point.

Le Code n'a pas assigné à cet égard une époque unique. Des temps divers sont indiqués.

Le projet du conseil d'Etat fut d'abord de fixer à une seule date le rang de l'hypothèque de la femme pour toutes les répétitions qu'elle aurait à exercer contre son mari.

Mais le Tribunat fit sur ce projet les observations suivantes :

« Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque » légale, lorsqu'elles proviennent des successions, que » du jour de l'ouverture de ces successions. Car c'est » seulement alors qu'il y a, de la part du mari, une ad- » ministration qui seule peut faire le fondement de l'hy- » pothèque : ce qu'on vient de dire des successions » s'applique aux donations. D'un autre côté, si la femme » s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son » consentement, elle a aliéné ses immeubles, elle ne » doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son » indemnité, dans ces deux cas, qu'à compter de l'obli- » gation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une » hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'ori- » gine de la créance, et il est odieux que la femme, en » s'obligeant et en vendant postérieurement, puisse pri- » mer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté » auparavant avec le mari. C'était là une source de fraude » qu'il est enfin temps de faire disparaître. »

Conformément à ces observations, le projet fut modifié, et il produisit l'art. 2135 tel que nous le voyons aujourd'hui (1).

On conçoit en effet à combien de tromperies pourrait conduire le système de la rétroactivité de l'hypothèque. « Un mari serait donc le maître, dit M. Treilhard (2), de » dépouiller ses créanciers légitimes en s'obligeant en- » vers des prête-noms, et en faisant paraître sa femme

(1) Répert., Inscript., p. 201. Fenet, t. 15, p. 414.
(2) Discours, t. 7, p. 78, 79. Fenet, t. 15, p. 471.

» dans ses obligations frauduleuses, pour lui donner hy-
» pothèque du jour de son mariage. Il conserverait ainsi,
» sous le nom de sa femme, des propriétés qui ne de-
» vaient plus être les siennes. »

Maintenant nous allons parler séparément de ces diverses causes d'hypothèque légale.

578. L'hypothèque des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, remonte *au jour du mariage*, dit notre article.

Deux choses sont ici à examiner :

1° Est-ce du jour du mariage, ou bien du jour du contrat de mariage qu'il faut donner rang à l'hypothèque légale?

2° Que comprend la loi dans ces expressions *dot* et *conventions matrimoniales?*

579. En s'en tenant au texte grammatical de notre article, il semblerait que l'hypothèque ne doit partir que du jour de la célébration du mariage.

Mais cela n'est pas exactement vrai dans tous les cas.

En effet, lorsqu'il y a un contrat de mariage antérieur au mariage, il faut dire que l'hypothèque remonte à la date de ce contrat. Car on lit dans l'art. 2194 que l'inscription faite au profit de la femme pendant l'affiche du contrat d'aliénation de l'immeuble affecté à l'hypothèque légale, a le même effet que si elle avait été prise *le jour du contrat de mariage*.

L'art. 2195 répète la même énonciation. « Si les in-
» scriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits,
» sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire
» aucun payement du prix au préjudice desdites inscrip-
» tions, qui auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-des-
» sus, *la date du contrat de mariage*, ou de l'entrée en
» gestion du tuteur. »

La conséquence à tirer de ces articles se présente à tous les yeux.

Mais s'il n'y a pas de contrat de mariage, l'hypothèque n'aura d'effet que du jour du mariage, parce que, dans

ce cas, c'est la loi qui stipule pour les parties du moment où le mariage se contracte.

Si notre article n'a pas énoncé cette distinction, il ne faut pas en conclure qu'elle est chimérique. Elle résulte forcément de la combinaison des art. 2194 et 2195 avec l'art. 2135. Ce dernier article, en portant l'hypothèque à la date du mariage, a parlé *ex eo quod frequentiùs fit*. Car c'est le plus souvent la veille même du mariage que se règle le contrat. Mais il n'en est pas moins vrai que si le contrat est séparé par un plus grand intervalle de la célébration du mariage, c'est à la date seule de ce contrat qu'il faut reporter l'hypothèque. Sans quoi, il faudrait dire que le législateur se serait contredit, ou se serait trompé dans les art. 2194 et 2195 (1).

580. Les principes parlent d'ailleurs hautement en faveur de cette distinction.

Si la loi, par une fiction favorable, n'eût créé elle-même l'hypothèque légale, et qu'elle eût chargé les parties du soin de la stipuler, c'est bien certainement dans le contrat de mariage que les conventions à ce relatives auraient trouvé leur place. La fiction doit donc produire les mêmes résultats que la réalité. « Lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perindè ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem partium (2). »

A la vérité, le contrat de mariage est toujours soumis à une condition suspensive, *si nuptiæ subsecutæ fuerint*. Mais cette condition est mixte, et son accomplissement produit un effet rétroactif au jour du contrat, d'après les principes que j'ai exposés ci-dessus (3).

581. Malgré toutes ces raisons, M. Grenier (4) pense

(1) *Junge* mon Comment. sur le *Contrat de mariage*, t. 1, n° 322.

(2) Neg., 1, memb. 4, n° 11. *Suprà*, n° 416.

(3) N° 475.

(4) Auquel il faut joindre MM. Persil, 2135, § 2, n° 2; Dalloz, Hyp., p. 133, n° 2; Duranton, t. 20, n° 20; Zachariæ, t. 2, § 264,

néanmoins que notre distinction ne doit pas avoir lieu, et qu'il faut décider que l'hypothèque légale n'a jamais d'effet que du jour du mariage.

Mais cette opinion est aussi contraire au texte des articles du Code Napoléon que j'ai cités, qu'à l'ancienne jurisprudence.

D'après le droit romain, l'hypothèque datait du jour de la convention. Papinien expose ce principe dans la loi 1, D. *Qui potior in pignore* : « Qui dotem pro muliere » promisit, pignus sive hypothecam de restituendâ sibi » dote accepit. Subsecutâ deindè pro parte numeratione, » maritus eamdem rem pignori alii dedit : mox residuæ » quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de pi- » gnore? Cùm ex causâ promissionis ad universæ quan- » titatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur : » non utique solutionum observanda sunt tempora, *sed* » *dies contractæ obligationis*. Nec probe dici in potestate » ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minùs » dotata mulier esse videatur (1). » J'ai donné ci-dessus (2) le commentaire de cette loi, d'après Voët et Doneau.

Dira-t-on que, dans l'espèce de cette loi, il y avait une hypothèque expresse stipulée par la convention? J'en conviens. Mais qu'importe? la loi, en donnant une hypothèque tacite, ne fait-elle pas l'office des parties?

582. En France, Domat enseignait que l'hypothèque légale de la femme remonte au contrat de mariage (3); et c'était aussi l'opinion de Lamoignon (4), de Basnage (5) et de plusieurs autres.

note 25; Pont et Rodière, t. 2, n° 674; Tessier, t. 2, n° 134, note 1093; Coulon, t. 2, p. 23. — V. aussi un arrêt de Nîmes, du 26 février 1834 (Sirey, 34, 2, 90). Je discute cet arrêt plus bas, au n° 584.

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 569, n° 2.

(2) N° 474.

(3) Liv. 3, t. 1, sect. 1, n° 3.

(4) T. 2, p. 132.

(5) Ch. 12.

On voit, par différents arrêts cités par ce dernier auteur, qu'il a été jugé que les stipulations relatives au douaire préfix ou, autrement dit, conventionnel, avaient hypothèque, non du jour de la célébration du mariage, mais du jour du contrat. Cependant il était dit, dans la plupart des coutumes, que la femme *ne gagnait son douaire qu'au coucher*. Mais, par la jurisprudence, on n'appliquait cette maxime qu'au douaire coutumier, c'est-à-dire à celui que la coutume accordait sans convention. Mais lorsque les parties voulaient faire des conventions spéciales sur le douaire, l'hypothèque de la femme datait du jour du contrat (1).

583. Lebrun convient du principe. Il avoue, d'après Mornac, sur la loi 1, D. *Qui potior*, qu'on donne ordinairement un effet rétroactif au contrat de mariage, lorsqu'il y a des obligations intermédiaires entre le contrat et la célébration (2). Ce n'est pas qu'il ne tombe dans une erreur qui me semble manifeste, en donnant la raison de cette rétroactivité. Car il soutient qu'en droit strict, on ne devrait pas donner au mariage, au préjudice des tiers, un effet rétroactif au jour du contrat, par la raison que la condition, *si le mariage s'accomplit*, est pure potestative à l'égard du mari (3); et il ajoute que c'est par une exception introduite en faveur des conventions matrimoniales, qu'on leur a donné cet effet rétroactif. Or, ceci me paraît inexact, attendu que la condition *si le mariage s'accomplit* est mixte, et dépend non-seulement de celui à qui elle est imposée, mais encore de la volonté de la future épouse. Mais toujours est-il certain que Lebrun reconnaît que les conventions matrimoniales relatives au douaire ont hypothèque du jour du contrat. Seulement il modifie cette règle en voulant que cette hypothèque n'ait lieu, à cette

(1) Arrêts du parlem. de Rouen des 14 août 1645 et 20 juin 1653.

(2) Success., liv. 2, ch. 5, sect. 1, dist. 1, n° 24.

(3) N°s 27 et 28.

date, qu'autant qu'entre le contrat et la célébration nuptiale il ne se serait pas écoulé un temps considérable (1); et il s'autorise du sentiment de Neguzantius (2).

Lebrun se fonde sur ce que, si le mariage était éloigné du jour du contrat, les tiers pourraient ignorer que celui avec qui ils veulent contracter est sur le point de s'engager par mariage, et qu'induits en erreur, ils se verraient exposés à des évictions, ou à être primés dans leurs hypothèques par une femme qui n'aurait reçu le titre d'épouse que postérieurement.

Mais Basnage, plus moderne que Lebrun, nous apprend que cette limitation était surannée, et qu'elle était tombée en désuétude.

« Il est vrai, dit-il, qu'autrefois on faisait cette dis-
» tinction, *an longo tempore post conscriptas tabulas sub-*
» *secuta sit solemnitas matrimonii et concubitûs,* et que,
» quand il y avait un intervalle considérable, le douaire
» n'avait hypothèque que du jour de la célébration : et il
» fut jugé de la sorte en la chambre de l'édit, le 2 juin
» 1606, pour le sieur Gilain, contre la demoiselle de
» Fréville, parce qu'il y avait sept mois d'intervalle
» entre le contrat et la célébration du mariage.

» Mais depuis on a tenu indistinctement que l'hypo-
» thèque du douaire est acquise du jour que le contrat
» de mariage a été reconnu (3). Cette question fut déci-
» dée en la chambre des enquêtes, au rapport de M. Vi-
» gnerol, le 14 août 1645. »

En effet (et cette raison répond aux inconvénients dont parle Lebrun), il est sensible que, si l'hypothèque ne datait que du jour de la célébration du mariage, le mari pourrait le lendemain du contrat vendre ou

(1) Nos 23 et 27.

(2) Part. 2, memb. 4, n° 79.

(3) C'est à cela que revient l'opinion de M. de Lamoignon, cité ci-dessus : « L'hypothèque est acquise à la femme du jour du
» contrat de mariage, ou *de la reconnaissance* des articles faits
» devant notaires. »

hypothéquer tous ses immeubles, et priver la femme des sûretés de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

584. D'après tout ce qui vient d'être dit des principes de l'ancienne jurisprudence sur la matière, il faudrait une disposition bien précise de la loi nouvelle, pour admettre qu'elle a voulu y déroger. Mais comment se ranger à cette idée, puisque, dans deux articles précis, le Code Napoléon parle de l'effet rétroactif de l'hypothèque légale de la femme *au jour du contrat de mariage?*

L'art. 1404 du Code Napoléon vient me fournir un nouvel argument en faveur de la doctrine, que l'hypothèque légale de la femme date du contrat.

En effet, cet article répute *acquêts de communauté* les immeubles que le mari achète dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et la célébration. Donc, la communauté est légalement existante dès ce moment aux yeux de la loi. Dès lors, comment serait-il possible d'admettre que le mari pût créer des hypothèques nuisibles à la femme? Si le contrat qui règle l'association des époux produit un effet en ce qui concerne les biens acquis par le mari pendant le temps intermédiaire, pourquoi n'en produirait-il pas à l'égard de l'hypothèque qui est l'accessoire de ce contrat?

Il me semble donc évident que l'opinion de M. Grenier doit être rejetée. Le sentiment contraire, professé par M. Tarrible (1), étant fondé sur les doctrines anciennes et sur le texte de la loi, mérite une préférence incontestable.

Au reste, la question est grave. De sa solution peut dépendre le sort de tous les créanciers qui ont traité avec le mari dans le temps qui s'est écoulé entre le contrat et la célébration du mariage; elle méritait un examen particulier. Je ne connais qu'un arrêt qui la décide depuis

(1) Inscript., p. 201, n° 8. *Junge* MM. Wolowski, *Revue de législation et de jurisprudence,* t. 1, p. 278 ; et Benoît, t. 2, n° 47.

le Code. Il a été rendu par la cour de Nîmes, le 26 février 1834 (1), dans un sens contraire à mon opinion. Mais comment la cour de Nîmes a-t-elle répondu à l'argument victorieux que donnent les art. 2194 et 2195 du Code? En disant qu'ils ne sont pas parfaitement clairs, et que les mots *contrat de mariage* dont ils se servent s'appliquent aussi bien *dans le langage de la loi et de la jurisprudence* au contrat passé devant l'officier de l'état civil, qu'à celui qui est passé devant le notaire pour régler l'association des biens!!! Or, j'avoue que cette explication me paraît peu convaincante, et je crains que la cour de Nîmes n'ait beaucoup hasardé quand ella a donné aux expressions dont il s'agit un sens si opposé au langage du Code. Je sais bien que Pothier disait (car il ne faut rien dissimuler) : « Le terme de contrat de mariage est équivoque; il » est pris dans ce traité pour le mariage même; ailleurs il » est pris, dans un autre sens, pour l'*acte* qui contient les » conventions particulières que font entre elles les per- » sonnes qui contractent mariage (2). » Mais Pothier s'éloignait ici de la signification habituelle des mots; il leur donnait un sens inusité (3). D'ailleurs Pothier n'est pas le Code Napoléon, et je ne crois pas me tromper en disant que les expressions *contrat de mariage* ne se trouvent pas une seule fois dans le Code avec l'acception que Pothier leur attribue. En effet, les art. 63 et suiv. ne cessent de qualifier d'*acte de mariage* la célébration de l'union entre les époux, tandis que les art. 1387 et suiv. réservent exclusivement le nom de *contrat de mariage* pour l'acte qui règle les stipulations relatives aux intérêts pécuniaires des époux. N'oublions pas ensuite que les rédacteurs du Code Napoléon n'ignoraient pas les opinions de Domat, Basnage, Lamoignon; et je demande si la doctrine de ces auteurs, reproduite dans les art. 2194

(1) Dall., 34, 2, 101.
(2) *Contrat de mariage*, n° 2.
(3) V. Merlin, Répert., v° *Contrat de mariage*.

et 2195, n'est pas incompatible avec la subtilité grammaticale imaginée par la cour de Nîmes. Il est certain que le système de l'ancienne jurisprudence s'est fait jour dans le Code par cette issue, peut-être un peu tardive; mais enfin il y est : il a trouvé place dans la pensée du législateur. Dès lors ne fait-on pas violence à la loi en le considérant comme non avenu?

La cour de Nîmes n'a pas aperçu l'argument fourni par l'art. 1404; du moins elle ne s'occupe pas d'y répondre. Elle prétend seulement que le sentiment auquel je me rallie *fait supposer légèrement que le législateur est tombé en contradiction avec lui-même.* Mais c'est une méprise. Il me semble, au contraire, que c'est la cour de Nîmes qui lui prête une antinomie, tandis que mon système concilie de la manière la plus simple les art. 2194 et 2195 avec l'art. 2135, en donnant à chacun d'eux la prévision d'un cas différent.

584 *bis*. Je termine sur notre première difficulté par une observation importante.

C'est toujours la date du contrat de mariage qu'il faut considérer, quand même il y aurait des termes stipulés pour les payements de la dot. L'hypothèque ne peut prendre rang seulement du jour du payement. C'est du jour de l'obligation, d'après les principes résultant de la loi 1, Dig. *Qui potior*, et enseignés par tous les auteurs (1).

585. Passons à notre seconde question.

Que comprennent ces expressions *dot et conventions matrimoniales*?

Les conventions matrimoniales sont celles qui sont contenues dans le contrat de mariage et par lesquelles le mari assigne à sa femme un douaire, des gains de survie, lui fait, en un mot, une donation par contrat de mariage. Toutes ces choses ont hypothèque du jour du contrat (2).

(1) Corvin, *De privilegio dotis*. Ferrières. Paris, art. 237, n° 7. Grenier, t. 1, p. 499. *Suprà*, n° 470 *bis*. *Junge* MM. Pont et Rodière, t. 2, n° 676.

(2) Jugé en ce sens que la femme a hypothèque légale du jour

On a vu ci-dessus (1) ce qu'on entend par dot sous l'un et sous l'autre régime.

Mais tout ce qui est dotal n'a pas hypothèque du jour du contrat ou du jour du mariage.

Les biens dotaux, dont l'hypothèque remonte à la formation de l'association conjugale, sont seulement ceux que la femme apporte *effectivement et réellement* au mari, ceux dont le mari est dépositaire au moment où se fait le contrat ou le mariage.

Ceux qui ne sont que *in eventu* et qui ne passent dans ses mains que postérieurement, n'acquièrent d'hypothèque qu'à mesure des réceptions. On a pensé que c'était seulement alors que l'obligation personnelle du mari devenait parfaite, et que par conséquent l'hypothèque devait se former.

Ainsi, une femme se constitue en dot tous ses biens présents et à venir;

Ses biens présents consistent en 50,000 fr., qui sont remis au mari;

Plusieurs années après, un oncle fait une donation entre-vifs à la femme, et il lui échoit aussi une succession de 80,000 fr.;

La donation et la succession feront partie de la dot, puisque la femme s'est constitué ses biens présents et à venir.

Mais la femme n'aura hypothèque, du jour du contrat de mariage, que pour les 50,000 fr. formant la totalité des biens présents.

A l'égard des sommes provenant de la donation et de la succession, l'hypothèque légale ne datera, d'après notre article, que de l'ouverture de la succession, ou du jour où les donations auront eu leur effet.

du mariage pour la donation en usufruit qui lui est faite en contrat de mariage, par son mari, pour le cas de survie. Douai, 29 août 1835 (Sirey, 36, 2, 34). Cass., 19 août 1840 (Sirey, 40, 1, 849).

(1) N° 574.

Le Code n'a pas suivi, à cet égard, les principes de l'ancienne jurisprudence.

On y tenait pour constant que, lorsque la constitution de dot comprenait les biens présents et à venir, l'hypothèque pour donations faites à la femme, et pour sommes provenant de successions à elle échues pendant le mariage, remontait au jour du contrat. « Si » proponas, disait le président Favre, ab initio consti- » tuta in dotem fuerint bona etiam futura, quo casu haud » dubiè anterioris temporis privilegium tota dos ha- » beret (1). »

Cette jurisprudence était, je crois, conforme à la subtilité des principes; car, comme le dit Favre, « quoties » numeratio sequitur ex necessitate præcedentis obliga- » tionis, inspicitur tempus obligationis, non numera- » tionis. »

Mais on a vu ci-dessus (2) que le Tribunat ayant fait remarquer que l'obligation du mari ne datait en réalité que du moment où il prenait l'administration des biens composant les successions et donations, c'est-à-dire du jour de l'ouverture de la succession, ou de l'acceptation de la donation, on préféra à la force des principes suivis dans l'ancienne jurisprudence les règles plus équitables qui sont aujourd'hui dans la loi.

586. Mais il faut s'arrêter un moment ici pour interpréter ces expressions de notre article : *du jour que les donations auront leur effet.*

Laissons parler M. Tarrible (3) :

« Cette expression un peu équivoque pourrait signifier » que l'hypothèque légale est acquise du jour où le droit » de percevoir les sommes données est ouvert, ou bien » seulement du jour où elles ont été réellement acquittées » entre les mains du mari.

(1) Code, liv. 8, tit. 8, déf. 15. Voyez aussi MM. Grenier, t. 1, p. 479, et Dalloz, Hyp., p. 133.
(2) N° 577.
(3) Répert., Inscript., p. 204.

« La première interprétation nous paraît la meilleure;
» une donation a son effet du moment où le droit qui en
» dérive est acquis au donataire. D'un autre côté, lors-
» qu'il s'agit de sommes dérivant d'une succession ou-
» verte au profit de la femme, le rang de l'hypothèque
» est positivement fixé au jour de l'ouverture de la suc-
» cession, quoique l'on sente très-bien que des termes
» apposés aux obligations, des opérations préliminaires,
» ou d'autres causes peuvent différer l'acquittement des
» sommes à recouvrer longtemps après cette ouverture.
» Pourquoi les mêmes causes ne produiraient-elles pas
» les mêmes effets lorsqu'il s'agit d'une donation? Ainsi
» l'hypothèque devrait dater du jour de l'acceptation de
» la donation, quand bien même les sommes acquises
» en vertu de cette donation ne parviendraient au mari
» que longtemps après (1). »

587. Je reviens au développement du principe résultant de notre article, que la femme n'a hypothèque, pour ses droits éventuels dotaux, que du jour des réceptions faites par le mari.

J'ai parlé des successions et donations échues à la femme pendant le mariage. Le Code ne parle que de ces deux cas. Mais d'autres éventualités peuvent procurer à la femme une augmentation de sa dot. Il faudra suivre alors les règles tracées par le Code Napoléon pour l'hypothèse analogue où il s'agit de succession ou donation.

Par exemple : Une femme s'est constitué tous ses biens présents et à venir. Elle possède au moment du mariage

(1) M. Persil est de cet avis, art. 2135, § 2, n° 7. V. aussi M. Dalloz, Hyp., p. 133, n° 4. — Je trouve une application de ces règles dans un arrêt de la cour de cassation du 5 mai 1841 (Sirey, 41, 1, 448), qui décide que sous le régime de la communauté, les sommes provenant de successions échues pendant le mariage, et déclarées *propres* à la femme, sont réputées *dotales*, et en conséquence que la femme a hypothèque légale sur les biens de son mari, pour le recouvrement de ces sommes, à partir de l'ouverture des successions, et non pas seulement à partir de la perception qui en a été faite par le mari.

une somme de 50,000 fr. qui lui était obvenue par suite d'un partage avec son frère. Mais, quelque temps après, la femme s'aperçoit qu'elle a été lésée, et par une action en rescision, elle force son frère à lui payer un supplément de 40,000 fr.

Nul doute que cette somme ne soit dotale. Mais l'hypothèque qui lui est assurée remontera-t-elle au contrat de mariage? Oui, sans doute, d'après l'ancienne jurisprudence. Mais si je prends pour boussole les deux exemples que le Code Napoléon a précisés dans notre article, je vois qu'il est dans l'esprit du législateur de faire dépendre la date de l'hypothèque de la femme, pour ses droits éventuels, du moment seul où le mari en est réellement investi, et je pense par conséquent que l'hypothèque, dans le cas posé, ne datera que du jour de la réception (1).

Autre cas : Une femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir. Parmi ses biens immeubles se trouve une maison soumise à pacte de rachat en faveur de Titius. Ce dernier se présente au temps fixé et compte au mari une somme de 25,000 fr., prix du réméré. L'hypothèque pour cette somme datera-t-elle du jour du mariage?

Cette question ne me paraît pas sans difficulté. Néanmoins je crois qu'elle doit recevoir une décision différente de la précédente, et qu'il faut dire que l'hypothèque datera du jour du mariage. Voici pourquoi.

La femme a eu hypothèque dès l'instant de son contrat de mariage pour la restitution de l'immeuble qu'elle s'était constitué en dot. Si le mari eût vendu cet immeuble dotal, la femme aurait dû être colloquée sur les biens de son mari pour la valeur de cet immeuble à la date de son contrat. Pourquoi devrait-il en être autre-

(1) MM. Dalloz, Hyp., p. 134, n° 8; Pont et Rodière, t. 2, n° 676, sont d'avis contraire. Mais je préfère l'opinion de M. Grenier, t. 1, n° 233. V. *suprà*, n° 585.

ment dans le cas où l'immeuble sort des mains du mari, par suite de l'exercice d'un droit de réméré? La somme de 25,000 fr., qui lui est payée pour prix de ce réméré, n'est en quelque sorte que la représentation de l'immeuble remis au mari lors du mariage. Elle doit avoir la même hypothèque.

Il est un troisième cas à peu près semblable à celui-ci et sur lequel Basnage (1) et M. Grenier (2) donnent une solution conforme à la mienne, quoique par d'autres raisons, qu'on peut consulter.

Une femme s'est constitué des rentes en dot. Pendant le mariage le débiteur de ces rentes les rachète, ainsi qu'il en a le droit, et rembourse le capital au mari. On doit décider que l'hypothèque pour ce capital prendra date du jour du contrat de mariage.

Il est inutile d'avertir que ce cas et le précédent sont tout à fait différents du cas dont il sera question tout à l'heure relativement au remploi de *propres aliénés*. Il ne s'agit pas ici d'aliénation volontaire de propres de la femme. Il s'agit d'aliénation forcée de biens dotaux, de remplacement d'un fonds dotal par une somme d'argent dotale.

§. J'ai dit plus haut (3) que l'hypothèque légale n'avait lieu du jour du contrat de mariage, que pour la dot effective et réelle, constituée de ce moment: d'après ce qui résulte du n° 584 *bis*, quoique la dot apportée par la femme soit soumise à des délais de payement, elle n'en est pas moins effective et réelle.

588. Je m'occupe maintenant de l'hypothèque de la femme pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari.

Ces créances ne trouvent place que dans le régime

(1) Ch. 13.
(2) T. 1, p. 500.
(3) N° 585.

de la communauté. Elles n'ont d'hypothèque que du jour de l'obligation (1).

L'hypothèque pour indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari n'avait pas lieu originairement en France. Elle fut introduite par l'usage, sur ce qu'on présumait que la femme n'était pas absolument libre, et qu'elle ne contractait que pour prévenir des dissensions inévitables, en cas de refus de sa part (2).

Ceux qui avaient introduit cet usage avaient fait remonter l'hypothèque de la femme au jour du contrat de mariage (3).

Mais cette pratique était odieuse. Il était contraire aux bonnes règles qu'une femme eût une hypothèque antérieure aux obligations contractées par son mari envers elle. Mais il était surtout intolérable que les créanciers, qui depuis le mariage avaient contracté avec le mari, fussent primés par la femme pour des droits nés postérieurement. Les sages observations du Tribunat,

(1) Plusieurs arrêts avaient décidé qu'à l'encontre des tiers, la femme (ou ses créanciers) peut exercer son hypothèque légale, bien que l'obligation par elle contractée avec son mari ne résulte que d'actes sous seing privé n'ayant pas acquis de date certaine, l'art. 1328 du Code Napoléon étant inapplicable en ce cas. Orléans, 24 mai 1848 (Sirey, 50, 2, 145) ; Paris, 31 juillet 1847 (Sirey, 47, 2, 483). Mais sur le pourvoi dirigé contre ce dernier arrêt, la Cour de cassation a jugé, au contraire, que l'art. 1328 reçoit application dans ce cas, et par suite que l'hypothèque ne prend rang que du jour où les actes ont acquis date certaine, conformément à cet article. Cassation, 5 février 1851 (Sirey, 51, 1, 192), et c'est aussi ce qui, sur le renvoi prononcé par cet arrêt, a été jugé à la cour de Rouen, le 24 mars 1852 (Sirey, 53, 2, 535). V. encore Agen, 21 mars 1851, et Rennes, 21 août 1851 (*J. P.* 52, 2, 465 et 678). — Du reste voyez, sur un point analogue, *infrà*, n° 593. — Mais la femme peut-elle obtenir collocation sur le prix en distribution des biens de son mari pour indemnité des dettes qu'elle a contractées avec lui avant d'avoir payé ces dettes? Voir *infrà*, n° 610.

(2) Lamoignon, t. 2, p. 133.

(3) Idem, p. 132. M. Grenier, t. 1, p. 479.

rapportées ci-dessus (1), ont tari cette source d'abus et de fraudes.

J'aime à pouvoir les corroborer de l'opinion de M. de Lamoignon : « Les hypothèques données aux femmes » *du jour du contrat de mariage,* ou de la bénédiction » nuptiale, pour l'indemnité des dettes, ne sont *pas* » *régulières;* car l'hypothèque, n'étant qu'accessoire de » l'obligation personnelle, ne peut, selon les principes » de droit, exister en un temps auquel l'obligation per- » sonnelle n'était pas encore conçue (2). »

Et plus loin : « Dans le fond, l'hypothèque donnée » aux femmes du jour du contrat de mariage, ou du » jour de la bénédiction nuptiale, est fort incommode » au mari; car elle soumet l'état, la condition et la for- » tune du mari au caprice et à la fantaisie de la femme. » Si elle refuse de s'obliger avec son mari, un homme » riche d'un million demeure sans crédit, à cause que » les premières obligations du mari, auxquelles la femme » n'a point parlé, peuvent, si elle change d'avis, être » anéanties par des obligations postérieures du mari et » de la femme, auxquels on donne, du chef de la femme, » une hypothèque du jour du contrat de mariage. Et, » supposé qu'il n'y ait point de mauvaise humeur de la

(1) Je cite ici, comme ayant statué dans l'esprit de ces observations, un arrêt duquel il résulte que l'hypothèque de la femme prenant naissance à l'époque où la dette est contractée, ne peut être réputée indivisible lorsque de fait il y a plusieurs dettes souscrites par elle à différentes époques; et qu'ainsi, le tiers qui a pris hypothèque sur les biens du mari, à une époque postérieure à une première dette de la femme, mais antérieure à une deuxième dette, doit être primé par l'hypothèque légale de la femme résultant de la première dette, mais doit primer l'hypothèque légale née de la deuxième dette. Cass., 16 novembre 1829 (Sirey, 30, 1, 306); et un autre arrêt qui décide que l'hypothèque ne prenant naissance qu'au jour de l'engagement, ne peut être exercée sur un immeuble vendu par le mari antérieurement à l'obligation. Riom, 6 décembre 1848 (Sirey, 49, 2, 147).

(2) T. 2, p. 134.

» part de la femme, si elle est mineure et incapable de
» s'obliger, le mari se trouvera dans l'impuissance d'em-
» prunter dix écus, à cause des obligations que la femme,
» parvenue en majorité, pourra faire avec son mari, au
» préjudice et à la ruine des créanciers particuliers de
» son mari, quoique antérieurs en hypothèque (1). »

588 *bis*. On a agité une question intéressante et qui consiste à savoir si la femme peut, par son contrat de mariage, déroger à la disposition du Code qui veut que l'hypothèque *pour indemnité de dettes* prenne date des engagements, et si elle a pu convenir en se mariant que cette indemnité aurait hypothèque à compter du mariage. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par arrêt de rejet du 26 février 1829 (2) ; à la vérité, dans l'espèce jugée par cet arrêt, il y avait cette circonstance particulière que le contrat de mariage avait dérogé à la coutume de Bretagne, conforme en cette partie au Code Napoléon, et que l'on pouvait avoir plus d'indulgence pour une stipulation qui rentrait dans le droit commun de l'ancienne France (3). Quoi qu'il en soit, MM. Delvincourt et Dalloz se prononcent pour la validité d'une pareille convention, par la raison que les tiers peuvent toujours consulter le contrat de mariage (4).

Je ne saurais partager cette opinion. Le Code Napoléon a été dirigé par des motifs d'ordre public. C'est, comme dit le Tribunat, pour faire disparaître *une source de fraudes* (5) et pour remédier à un usage odieux. Or, les tribunaux ne doivent pas tolérer des conventions qui favorisent les fraudes, et qui, par conséquent, sont contraires aux bonnes mœurs.

(1) V. aussi Mornac, sur la loi 9, Dig. *Qui potior*.
(2) Dall., 29, 1, 161.
(3) Le droit commun était en effet pour la rétroactivité de l'hypothèque, comme je l'ai dit au numéro précédent. Voyez aussi un arrêt de Dijon du 22 août 1825. Dalloz, 27, 1, 113.
(4) Delv., t. 3, n° 7, p. 165. Dall., Hyp., p. 123, note.
(5) *Suprà*, n° 577.

Le motif donné par MM. Delvincourt et Dalloz, que les tiers peuvent consulter le contrat de mariage, et ne pas contracter s'ils y trouvent des conditions onéreuses, serait tout au plus admissible pour les hypothèques conventionnelles ; et encore resterait toujours la raison tirée de la violation de lois d'ordre public. Mais ce même motif est sans force pour ceux qui font valoir des hypothèques légales ou des hypothèques judiciaires. Le mineur a-t-il consulté le contrat de mariage de son tuteur pour savoir quel sera le rang de son hypothèque (1)?

589. A l'égard de l'hypothèque de la femme pour remploi de ses propres aliénés (ce qui est encore une créance appartenant au régime de la communauté), cette hypothèque n'est pas d'une origine fort ancienne ; M. de Lamoignon dit que l'usage qui l'introduisit s'établit tacitement depuis les Etats de 1614.

Elle paraît juste ; car, quoique la femme consente à l'aliénation de son propre, néanmoins il est à craindre que cette adhésion ne soit l'effet des sollicitations du mari ; d'ailleurs, c'est le mari qui reçoit le prix de la vente, et qui dispose des deniers à sa volonté et sans le consentement de sa femme (2).

Cette hypothèque avait date du jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale, et c'est encore ce que blâme M. de Lamoignon, parce que le mari n'est obligé à indemniser sa femme de la vente de ses propres, qu'autant que la vente a eu lieu, et qu'il est déraisonnable d'établir une hypothèque antérieure à l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Cette jurisprudence avait encore un autre inconvénient, c'est qu'elle précipitait les femmes vers leur ruine, en ce qu'elle les rendait faciles à vendre leurs propres dans l'espérance d'entrer les premières en ordre,

(1) Mon opinion paraît être aussi celle de M. Grenier, t. 1, p. 518, n° 242, *in fine*.

(2) Ferrières, Paris, art. 237, n° 13.

sur les biens de leur mari, pour leur remboursement.

Mais cette espérance était souvent trompée.

Les affaires du mari se dérangeaient, et l'hypothèque qui leur était accordée, loin de servir à elles-mêmes, ne profitait qu'aux créanciers envers lesquels elles s'étaient obligées, et qui venaient en sous-ordre exercer leurs droits (1).

Aujourd'hui l'hypothèque de la femme pour le remploi de ses propres aliénés n'a de rang que du jour de la vente faite par son mari.

M. de Lamoignon pense (2) que, si la vente s'effectuait en vertu d'une clause du contrat de mariage, qui aurait permis au mari l'aliénation *des propres* de la femme pour les affaires dudit mari, alors on serait fondé à prétendre l'hypothèque du jour du contrat.

Mais j'estime que, dans les principes du Code Napoléon, cette décision ne doit pas être suivie (3).

La condition d'aliéner, qui est ici la condition de l'hypothèque légale, est potestative de la part du mari, débiteur de cette hypothèque. Elle ne peut rétroagir au préjudice des tiers (4). L'hypothèque ne peut donc avoir de date que du jour de l'événement de la vente.

589 *bis*. Doit-on appliquer à l'aliénation du fonds dotal, faite par le mari, la même décision que pour les propres de la femme aliénés ?

Je ne le crois pas. Le mari qui a vendu le bien propre de la femme n'avait, avant cette vente, contracté envers elle aucune obligation relative à ce genre de propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien, qu'il s'oblige à l'en indemniser; l'aliénation en-

(1) Lamoignon, t. 2, p. 135.

(2) C'était une ancienne jurisprudence attestée par Brodeau, sur Louet, l. R, n° 30, et par Ferrières, Paris, art. 237, n° 7.

(3) D'après Ferrières, elle était contraire à la loi 11, Dig., *Qui potior*.

(4) *Suprà*, n° 474.

gendre seule l'obligation, et l'obligation donne naissance à l'hypothèque.

Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage, qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise, dès l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son avoir bien longtemps avant la vente du fonds dotal; cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque : elle n'est que l'événement qui force la femme à en user.

Si la vente a été faite en vertu d'une clause du contrat de mariage qui autorisait la vente du fonds dotal, la solution doit être la même. La dot est une charge dont le mari a été grevé dès l'instant du mariage. La sûreté des sommes qui la remplacent doit donc remonter à cette époque. C'est ce qu'a jugé avec raison un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1826 (1).

(1) Dal., 26, 1, 432. *Junge* arrêt de Grenoble du 6 janvier 1831 (Dal., 32, 2, 99). Il est si vrai que la disposition de l'art. 2135, dont je m'occupe en ce moment, ne s'applique pas à la femme mariée sous le régime dotal, que dans la discussion récente du projet de réforme hypothécaire, M. Rouher avait proposé d'ajouter à cette disposition, qui était dans le projet ce qu'elle est dans le Code, que la femme n'aurait hypothèque « pour le prix de ses » immeubles *dotaux* aliénés que du jour de l'aliénation. » L'article 2135 ne s'applique donc pas à ce cas, puisque l'on voulait faire de ce cas précisément l'objet d'une disposition additionnelle. A la vérité, l'addition proposée par M. Rouher, d'abord soutenue et admise, avait été écartée plus tard. Mais ce n'est pas parce qu'on pensa que le cas était réglé par le texte primitif qui était celui de la loi actuelle, c'est uniquement parce que la question ne parut pas susceptible de recevoir de la loi une solution absolue. Voici ce que M. de Vatimesnil disait à cet égard, au nom de la Commission : « Nous ne pouvons pas embrasser tous les cas.... là où il » y aura une créance, il y aura une hypothèque légale à la date de » la créance. Mais quand la créance existera-t-elle et prendra-t-elle » naissance ? Tout cela dépendra du contrat : ce sont des questions » d'application du contrat, plutôt que des questions de droit... » Nous vous proposons en conséquence de rejeter l'amendement » de M. Rouher.... » Je ne sais pas s'il était complètement exact

Au surplus, j'ai dit ci-dessus (1) que, par remploi de *propres*, notre article entend parler aussi des paraphernaux aliénés.

Quant à la question de savoir si la femme peut stipuler par son contrat de mariage que l'hypothèque pour remploi de ses propres aliénés remonte au mariage, appliquez ce que j'ai dit *suprà*, n° 588 *bis* (2).

590. Les créances paraphernales de la femme ayant, comme il a été dit, une hypothèque légale dispensée d'inscription sur les biens du mari, il convient d'examiner quelle est la date de cette hypothèque.

En thèse générale, c'est la femme qui a la jouissance et l'administration de ses paraphernaux.

de dire que la proposition de M. Rouher soulevait une question d'appréciation plutôt qu'une question de droit; mais enfin, je m'empare de ceci comme d'une interprétation, et je vois, tant dans la proposition de M. Rouher que dans les observations à la suite desquelles cette proposition avait été rejetée, une raison de plus de me confirmer dans mon sentiment, à savoir qu'on ne doit pas appliquer à l'aliénation du fonds dotal faite par le mari une règle que le n° 2 du § 3 de l'art. 2135 n'a établie que relativement à la femme commune en biens pour le remploi de ses propres aliénés. C'est aussi l'avis de MM. Pont, *Revue critique*, t. 2, p. 386 et suiv.; Rodière, *Contr. de mariage*, t. 2, n° 677; Tessier, t. 2, n° 134; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 111. J'ai dû revenir sur ce point et y insister, parce que, dans une occasion récente, la cour de Caen s'est prononcée en sens contraire de l'opinion qui jusque-là avait été admise unanimement en doctrine et en jurisprudence. V. son arrêt en date du 7 juillet 1851 (Sirey, 52, 2, 92). Quelque soigneusement que cette décision soit motivée, je persiste à penser que la doctrine qu'elle consacre n'est pas la meilleure. Je sais bien qu'elle a été vainement déférée à la censure de la Cour de cassation et que le pourvoi dont elle a été l'objet a été rejeté le 21 décembre 1853 (V. Sirey, 54, 1, 11; Dalloz, 54, 1, 5). Mais je dois dire aussi que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question: elle a rejeté le pourvoi par des motifs qui se rattachent à un autre point de droit et qui laissent la question entière, au moins devant la Cour suprême.

(1) N° 574.

(2) Sur plusieurs questions relatives aux droits de la femme au cas d'aliénation du fonds dotal. Voir *infrà*, n°s 612 et suivants.

Mais il est possible que, par suite de différentes combinaisons, le mari soit détenteur des sommes extradotales. Par exemple :

La femme peut stipuler, par son contrat de mariage, que son mari restera dépositaire de ses sommes paraphernales. Justinien donne un exemple de cette convention dans la loi 11, C. *De pact. convent. super dot.*, etc.

Pendant le mariage, elle peut lui donner le mandat de les colloquer avantageusement, et de les administrer.

Le mari peut s'en emparer despotiquement.

Dans tous ces différents cas, la loi a donné une hypothèque à la femme pour la reprise de ses paraphernaux; mais elle ne précise pas l'époque où il faut fixer la naissance de cette hypothèque.

Cette question ne présente en droit que peu de difficultés.

L'hypothèque, étant l'accessoire de l'obligation personnelle, commence lorsque l'obligation personnelle est formée.

Or, il est évident qu'il n'y a d'obligation personnelle pour le mari que du moment qu'il a reçu les sommes paraphernales : c'est donc dès l'instant de la réception que date l'hypothèque. La loi 11, au C., tout à l'heure citée, en porte une décision formelle (1).

591. Par quels moyens la femme peut-elle prouver la réception des sommes extradotales par son mari ?

Il est souvent fort difficile que la femme se procure un titre : elle est sous l'influence et sous l'autorité de son mari. Celui-ci peut lui refuser une reconnaissance, et il

(1) M. Grenier, t. 1, p. 497. Quelques arrêts font remonter l'hypothèque au jour de l'aliénation. V. Toulouse, 7 avril 1829 (Sirey, 30, 2, 31). Lyon, 21 août 1832 (Sirey, 33, 2, 118) ; Montpellier, 13 décembre 1833 (Sirey, 34, 2, 359) ; Cassation, 27 avril 1852 (Sirey, 52, 1, 401); Paris, 7 mai 1853 (Sirey, 53, 2, 351).

est certain qu'il la lui refusera toujours, lorsqu'il se sera emparé malgré elle de ses paraphernaux.

Je crois que la preuve testimoniale doit être admise sans difficulté, sans quoi une femme serait le plus souvent exposée à la perte de ses paraphernaux.

592. D'après la jurisprudence qui a précédé le Code Napoléon, la dot pouvait être augmentée pendant le mariage (1), et l'augment de dot s'identifiait avec la dot principale et jouissait des mêmes priviléges qu'elle.

Néanmoins, l'augment de dot n'avait pas tous les avantages de la dot, en ce qui concerne le privilége de l'hypothèque.

L'empereur Justin voulut que l'augment de dot n'eût d'hypothèque que du jour de l'augmentation et non point du jour du mariage (2).

Mais Justinien, par sa Novelle 97, chap. 2, dérogea à cette loi. Il fit une distinction entre l'augment fait en immeubles et l'augment fait en meubles. Dans le premier cas, il voulut que la femme eût une hypothèque privilégiée tant pour la dot que pour l'augment.

Dans le second, c'est-à-dire si l'augment est fait en meubles, Justinien sous-distingue si le mari a des créanciers dans le temps de l'augmentation de la dot, ou s'il n'en a pas. S'il en a, il ne veut pas que la femme ait privilége sur les créanciers antérieurs. Son hypothèque ne doit compter que du jour de l'augmentation. S'il n'en a pas, l'augment a une hypothèque privilégiée, comme dans le cas d'augment fait en immeubles (3).

On sait que, d'après le Code Napoléon, la dot ne peut plus être augmentée pendant le mariage. Ainsi, tout ce qui échoit à la femme de plus que ce qui est constitué

(1) L. 19, C. *De donat. ante.*

(2) L. 19, C. Idem.

(3) Cujas, sur la Nov. 97. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 15. Despeisses, t. 1, p. 458, n° 37. Voët, lib. 20, t. 4, n° 21. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, ch. 6, p. 54.

par le contrat de mariage, est paraphernal. Il est donc évident que l'hypothèque ne peut être prétendue que du jour de la réception par le mari.

Par exemple, une femme se constitue en dot une somme de 50,000 fr. qui lui appartient en vertu d'un partage qu'elle a fait avec son frère. Par suite d'une action en rescision contre ce partage pour cause de lésion, elle force son frère à lui payer une autre somme de 50,000 fr., qui complète la totalité de sa part afférente, et que son mari touche en vertu de sa procuration. Il est certain que cette somme n'est pas dotale, et qu'elle ne peut même le devenir par aucune convention intervenue entre le mari et la femme, postérieure au contrat de mariage. Cette somme étant paraphernale, l'hypothèque n'aura de rang que du jour de la réception (1).

593. Comme dans beaucoup de cas énumérés ci-dessus, c'est du jour de la réception des sommes dotales que date l'hypothèque de la femme, il faut voir ici dans quelle forme doivent être les quittances de dot pour pouvoir être opposées aux tiers.

Ce point a longtemps partagé les esprits. On n'était pas d'accord sur la question de savoir si les tiers pouvaient critiquer les quittances de dot non authentiques.

Les uns, se fondant sur l'art. 180 de l'ordonnance de 1629, portant « toute quittance de dot sera passée devant » notaires, à peine de nullité pour le regard des tiers, » et sur la disposition d'une déclaration du 6 mars 1696, qui exigeait que les quittances de dot fussent passées devant notaires, voulaient qu'on ne pût opposer aux tiers créanciers des quittances sous seing privé.

Les autres soutenaient que l'ordonnance de 1629 n'avait jamais eu force de loi dans la plupart des parlements du royaume; que la déclaration de 1696 n'était qu'une loi bursale; qu'il ne fallait pas les suivre, parce

(1) Henrys, liv. 4, ch. 5, p. 34. V. Nîmes, 9 mars 1831 (Sirey, 31, 2, 157).

qu'il pouvait en résulter un grand préjudice pour les femmes.

La jurisprudence était fort incertaine, comme on peut le voir dans Denizart, *verbo* Dot, n° 57, et dans le Répertoire de Jurisprudence, *verbo* Dot, § 3.

Mais enfin elle fut fixée par un arrêt du parlement de Paris du 3 septembre 1781. Il fut décidé que rien n'obligeait la femme à présenter aux créanciers des quittances authentiques.

En effet, le seul point à examiner est de savoir si la quittance est sincère, ou bien si elle est entachée de fraude. Il peut même arriver souvent que le mari, *tanquàm potentior*, ne veuille pas donner quittance à sa femme, et alors ce serait exposer les droits de la femme que de ne pas lui permettre la preuve testimoniale. Ce point a été ainsi jugé par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 1er février 1816, l'autre du 16 juillet 1817, approuvés par M. Merlin (1) et par M. Grenier (2).

Je m'y rallie aussi, soit qu'il y ait eu contrat de mariage, soit qu'il n'y en ait pas eu.

Quand il y a eu un contrat de mariage qui spécifie les apports matrimoniaux de la femme, ou même un contrat par lequel une femme se constitue tous ses biens présents et à venir, il existe un fait d'où découle la présomption que des payements ont dû être opérés par suite du contrat. Seulement, pour éloigner toute idée d'avantages entre époux, la femme doit prouver d'où proviennent les deniers dont il n'est point parlé dans le contrat de mariage, *undè habuit* (3).

(1) Q. de Droit, v° Hyp.

(2) Hyp., t. 1, p. 505. Dalloz, Hyp., p. 128.

(3) Favre, C. *De dote cautâ non numeratâ*, lib. 5, tit. 10, déf. 1. Despeisses, t. 1, p. 291, n° 85. Coquille, q. 120. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, ch. 6, q. 34. V. aussi Toulouse, 23 décembre 1818 (Sirey, 19, 1, 201).

S'il n'y a pas de contrat, la femme doit également prouver *undè habuit*. Mais, cela fait, s'il n'y a pas d'indices de fraude, les quittances données par le mari doivent faire foi, en quelque forme qu'elles soient (1) ; si même il n'y en a pas, on peut constater par témoins le fait et la date des payements.

Je crois devoir citer sur cette question l'opinion toujours si prépondérante du président Favre (2) : « Et si » verum est mariti confessionem de dote receptâ con» stante matrimonio factam, si neque numeratio inter» venerit, neque dotis constitutio præcesserit, suspectis» simam esse, nec creditoribus etiam posterioribus » nocere, *non tamen est id perpetuum;* nam si confessio » *probabilem causam* habeat, asserente marito *redactam* » *pecuniam ex venditione rei ad uxorem pertinentis*, remque » ipsam et venditionis diem, adeòque notarii qui instru» mentum conscripserit personam designante, *vix ulla* » *fraudis suspicio subesse potest.* »

594. Les droits des femmes des commerçants faillis sont modifiés par d'importantes dispositions du Code de commerce. On peut consulter les art. 557 (anc. 544) et suiv. de ce Code.

595. Occupons-nous des cessions que peut faire la femme de son hypothèque légale (3).

(1) Angers, 23 juillet 1830. Dal., 31, 2, 94.
(2) *Loc. cit.*
(3) J'ai examiné, dans mon Commentaire de la *Vente* (t. 2, nos 906 et 930), plusieurs questions intéressantes qui touchent aux cessions d'hypothèques en général, et particulièrement aux cessions par effets négociables. J'ajoute ici que les idées que j'ai émises, *loc. cit.*, particulièrement sur la question de savoir si l'hypothèque peut être transmise par voie d'endossement, avaient fini par prévaloir dans les discussions récentes sur la réforme du régime hypothécaire. Je dois convenir qu'elles n'eurent pas le dessus dans l'examen de la question qui fut fait par les Cours et les Facultés lorsqu'elles furent consultées, en 1841, sur les réformes qu'il convenait d'introduire dans le texte du Code sur les hypothèques ; car tandis que, d'une part, neuf Cours et trois Facultés

La femme peut renoncer à son hypothèque légale soit en faveur de son mari, soit en faveur des tiers.

Je parlerai, sous l'art. 2140 et suivants, de la renonciation que peut faire la femme en faveur de son mari. Je n'envisage ici que ses renonciations en faveur des tiers (1).

étaient d'avis que l'endossement des titres hypothécaires devait être permis par la loi, d'une autre part, la Cour de cassation, quinze Cours et trois Facultés exprimaient que la loi ne devait pas l'autoriser. On peut voir l'analyse des observations et les observations elles-mêmes qui furent faites à cette occasion par les Cours et par les Facultés, dans les documents publiés en 1844 par les soins de M. le garde des sceaux (v. t. 1, Introd. p. XCI à CVIII, et t. 1, p. 500 à 603). Mais lorsque la réforme hypothécaire fut mise à l'ordre du jour, en 1849, la solution fut toute différente. Seul, le conseil d'État avait repoussé ce système de transmission pour l'hypothèque, et tout en reconnaissant que la proposition n'était pas, comme je l'ai établi dans mon Commentaire sur la *Vente*, la reproduction de la loi de messidor an III, tout en déclarant qu'il ne cédait pas à des préventions exagérées, il exprimait l'idée que le Code Napoléon repoussait ces nouveautés, et que la propriété immobilière se refusait à l'application qu'on voulait lui faire des principes propres à la législation commerciale (V. le rapport, p. 52 à 60). Toutefois, cette opinion, que je crois avoir réfutée (V. *loc. cit.*), n'avait pas été partagée par la Commission que le décret du 15 juin 1849 avait instituée; elle ne le fut pas non plus par la Commission de l'Assemblée. M. Persil, rapporteur de la Commission instituée le 15 juin 1849, s'en explique très-nettement dans son rapport, p. 139 à 146, et le projet qui sortit de cette Commission organise, dans les art. 2131 et 2140, l'endossement des titres hypothécaires en vue de donner toute garantie au débiteur et de protéger les intérêts de la propriété. Et la Commission de l'Assemblée législative mit dans un jour si éclatant les avantages résultant du contrat transmissible par voie d'endossement (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 31-34) que l'Assemblée n'hésita pas à admettre la mesure, tant dans la première que dans la seconde délibération. Il y eut seulement, dans l'organisation, quelques modifications de détail dont on peut suivre la trace en comparant l'art. 2126, présenté lors de la seconde délibération, avec les art. 2122 et suiv., tels qu'ils avaient été préparés pour la troisième lecture.

(1) Et ces renonciations *en faveur des tiers* n'ont pas besoin,

Pour traiter cette matière avec ordre, je m'occuperai de la femme mariée sous le régime dotal, ensuite de la femme mariée sous le régime de la communauté.

596. La loi *Jubemus* 21, au C. *ad S. C. Vellejan.*, permettait aux femmes de renoncer à leur hypothèque légale en faveur d'un tiers. Voici comment la glose d'Accurse explique cette loi :

« Certum est quòd mulier habet omnia bona mariti » tacitè hypothecata pro *dote suâ;* pone ergò quòd aliquis » vult contrahere cum marito alicujus mulieris, sed du» bitat contrahere, quia sunt omnia bona sua obligata » mulieri ; an ipsa possit renuntiare juri hypothecæ vel » pignori quæritur? Respondeo quòd sic. Sed tamen si » renuntiavit in uno contractu vel duobus, etiam verbis » generalibus, non debet hæc renuntiatio trahi ad alias » personas nec ad alias res, vel alios contractus nisi de » quibus actum est (1). »

Ceci ne contrarierait pas le principe que, par le S. C. Velléien, une femme ne pouvait se rendre caution pour un tiers. Car la renonciation à l'hypothèque n'était pas un cautionnement.

« Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen » Julianus, lib. 12 Dig., scribit *redditionem pignoris*, si » creditrix mulier rem quam pignori acceperat debitori » liberaverit, non esse intercessionem (2). »

On considérait, en outre, que si la loi avait cru nécessaire de donner à la femme une hypothèque légale pour la sûreté de sa dot, la prévision de l'homme pouvait faire

pour être valables, d'être accompagnées des formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 du Code Napoléon; c'est ce qui est établi par une jurisprudence constante. V. *infrà*, n° 602 et n° 643 *bis*.

(1) C'est sur ce principe, que la renonciation ne profite qu'à ceux en faveur de qui elle est faite, qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1816. Dal., Hyp., p. 149.

(2) L. 8, D., *ad S. C. Vellej.* Pothier, Pand., t. 1, p. 441, n° 19. Perezius, lib. 4, t. 29, n° 9.

cesser la prévision de la loi ; *provisio hominis provisionem legis excludit,* comme dit la glose, par argument de la loi dernière, au C. *De pactis convent.*

597. Mais il ne faut pas conclure de tout ceci que la femme eût un droit illimité pour renoncer à son hypothèque légale.

Tous les interprètes, et notamment Bartole, sur la loi *Jubemus,* avaient ouvert l'avis que la femme ne pouvait renoncer à son hypothèque légale, qu'autant qu'elle ne se préjudiciait pas, et qu'à l'époque de la restitution de la dot, il restait assez de bien à son mari pour lui rendre intégralement ses apports matrimoniaux. Sans cela on eût permis à la femme de faire péricliter sa dot, et des lois d'ordre public s'opposaient avec énergie à cet abus.

Ainsi, si par l'événement le mari n'était pas solvable, la renonciation de la femme était considérée comme non avenue, et elle rentrait dans ses droits hypothécaires (1).

Pour ne pas multiplier les citations, je rapporte le passage suivant du président Favre.

« Nemo dubitat quin possit mulier, etiam constante » matrimonio, pignoris obligationem, sibi in hâc aut » illâ re, sive expressè, sive tacitè quæsitam, ultrà re- » mittere, si modò alia bona supersint marito, ex quibus » illa indemnitatem consequi possit (2). »

Par exemple, Titius possède une fortune de 100,000 f. ; il épouse Caïa, qui lui apporte une dot de 20,000 fr. Quelque temps après il veut vendre à Sempronius une maison qu'il possède, mais que ce dernier répugne à acheter à cause de l'hypothèque légale de Caïa. Celle-ci, pour lever la difficulté, renonce à son droit d'hypothèque en faveur de Sempronius, et la vente se fait pour

(1) Bartole, *loc. cit.* Galleratus, *De renuntiat.*, t. 1, centur. 1, ren. 66. Olea, *De cessione jurium*, t. 5, q. 3, n° 11. Favre, C. lib. 4, tit. 21, déf. 15 et 26, lib. 8, tit. 13, déf. 3 et 7.

(2) Lib. 8, tit. 14, déf. 3.

une somme de 20,000 fr. Titius fait plus tard de mauvaises affaires. Il dissipe son patrimoine et meurt insolvable. Sa femme n'a d'autre recours pour récupérer sa dot que sur la maison vendue à Sempronius; mais elle a renoncé à ce recours. N'importe! cette renonciation, ayant pour résultat de lui préjudicier dans une matière qui touche à l'intérêt public, doit être considérée comme non avenue. Elle pourra exercer son droit hypothécaire sur cette maison.

598. Mais, dira-t-on, cette renonciation de la femme est donc quelque chose d'inutile?

Nullement : il y a des cas où elle est fort avantageuse pour celui qui l'a obtenue.

Par exemple, supposez que Titius, après avoir vendu à Sempronius la maison dont j'ai parlé ci-dessus avec renonciation à l'hypothèque légale de la part de Caïa, vende un immeuble de 40,000 fr. à Mævius, sans aucune renonciation d'hypothèque. Titius tombe en déconfiture. Si sa femme n'avait pas renoncé à son hypothèque légale en faveur de Sempronius, elle pourrait actionner ce dernier pour être remplie de sa dot. Mais ici son recours sera circonscrit sur la personne de Mævius, et, comme il sera suffisant pour garantir son apport, Sempronius sera à l'abri des poursuites.

599. La renonciation de la femme mariée sous le régime dotal à son hypothèque légale pouvait se faire *tacitement* ou *expressément*. Les lois romaines regardaient (1) comme constituant une remise tacite de l'hypothèque, l'assistance de la femme au contrat de vente, et son consentement à l'aliénation avec promesse d'éviction. Car si elle eût voulu agir ensuite hypothécairement contre le tiers détenteur, elle eût été repoussée par la règle *Quem*

(1) L. 4, § 1, Dig., *Quib. modis pignus*. L. 158, Dig., *De reg. juris*. L. 2, C. *De remissione pignoris*. Pothier, Pand., t. 1, p. 583, 584.

de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio (1).

La loi 11 D., *Quib. mod. pignus sol.*, décide aussi que la femme qui assiste avec son mari au contrat par lequel celui-ci constitue à sa fille une dot sur un bien soumis à l'hypothèque légale, est censée faire remise de son hypothèque sur ce bien.

D'autres lois prévoient un autre cas : la loi 12, D., même titre, veut que le consentement, donné par le créancier hypothécaire à ce que le bien qui lui est hypothéqué soit affecté à un autre, équivaille à une renonciation d'hypothèque au profit de ce dernier. Même décision dans la loi 12, § 4, D. *Qui potior.* Ces textes s'étendent à la femme, et doivent servir de règle.

600. Les commentateurs du droit romain agitaient ensuite une autre question, qui était l'objet des plus grandes controverses, *una ex insolubilibus*, dit Charles-Antoine Deluca (2).

Quel est l'effet de la renonciation tacite de la femme? Cette renonciation a-t-elle seulement pour effet d'exclure la femme de tout recours contre celui en faveur de qui elle a renoncé, ou bien transfère-t-elle le privilége dont la femme était investie?

Charles-Antoine Deluca prétend que l'opinion commune était que, lorsque la femme avait simplement renoncé, celui avec qui elle avait contracté n'avait d'autre droit que d'exclure la femme de son recours hypothécaire; mais que, si la femme avait fait cession de ses droits, le cessionnaire était subrogé à son privilége, et excluait les créanciers primés par la femme (3).

« Censeo, dit cet auteur, censeo resolvendum quòd si

(1) Favre, C., lib. 4, t. 21, déf. 15. Olea, *De cessione jurium*, t. 5, q. 3, n° 11.

(2) Il ne faut pas le confondre avec le célèbre cardinal de Luca, qui a, en Italie, la même réputation que M. Merlin en France, et qu'on appelle *Doctor vulgaris*. Celui que je cite a écrit un *Spicilegium de cessione jurium*. Quest. 15, n° 10.

(3) Olea et Deluca, *loc. cit.*

» mulier *renuntiavit solùm hypothecæ*, is qui contraxit ex-
» cludet solùm mulierem à dictis bonis, non creditores qui
» *antè ipsum contraxerunt; si mulier fecit cessionem jurium*,
» tùm contrahens excluderet etiam creditores, quos mu-
» lier præcedebat, ejus locum repræsentando. Ità Cance-
» rius, n° 120 et 121, ubi ità judicâsse senatum refert. »

Mais c'étaient là des subtilités qui mettaient l'esprit à la torture sans l'éclairer. En consultant la raison, on ne voit pas la différence pratique qu'il peut y avoir entre les deux cas.

Par exemple, Pierre emprunte de l'argent à Tertius sous l'hypothèque du fonds Cornélien. La femme de Pierre comparaît au contrat, et renonce à son hypothèque sur ce fonds. Pierre étant tombé en faillite, le fonds Cornélien est vendu; alors se présentent à l'ordre : 1° la femme de Pierre pour 4,000 fr.; 2° Secundus pour 5,000 fr.; 3° Tertius pour 4,000 fr.

D'après l'argument qu'on peut tirer de la loi Claudius Félix, 16, Dig. *Qui potior* (1), voici ce qui arrivera. On prélèvera les fonds dus à la femme de Pierre; mais cette somme sera donnée à Tertius en vertu de la renonciation que l'épouse a faite en sa faveur. Secundus touchera ensuite en deuxième ordre les 5,000 fr. qui lui sont dus. S'il reste des fonds, la femme les prendra en place de Tertius. Ainsi l'épouse sera créancière chirographaire à l'égard de Tertius. Mais son rang n'en subsistera pas moins pour laisser *Secundus* au second rang. Car ce qui est intervenu entre *Tertius* et l'épouse de Pierre est pour lui *res inter alios acta*.

Ce qui faisait illusion à certains auteurs, c'était le raisonnement qu'ils mettaient dans la bouche de Secundus. « Vous, Tertius, vous excluez l'épouse de Pierre par

(1) Voyez l'interprétation de cette loi dans les prélections d'Huberus, lib. 20, tit. 4, n°s 30 et 31, p. 1065, et les explications de M. Toullier, conformes à celles de ce jurisconsulte, t. 10, n° 197.

» suite d'arrangements particuliers; mais moi je vous » suis préférable : donc je dois prendre le premier rang. » D'un autre côté, ils sentaient bien que Tertius pouvait se servir avec avantage de la maxime « *si vinco vincentem te, à fortiori vincam te,* » et dire à Secundus : « J'exclus » l'épouse qui vous est préférable : donc je vous suis » préférable. » Dans ce conflit de prétentions opposées, ces auteurs ne voyaient qu'un cercle dont il était impossible de sortir. Aussi Huberus nous apprend il qu'une difficulté à peu près semblable s'étant présentée de son temps, les parties en vinrent à une transaction, après un grand débat et un partage entre les juges.

Mais rien au fond n'était plus simple. Secundus ne devait ni perdre ni gagner à la renonciation de la femme (1). La femme restait toujours là pour le primer, sauf à remettre à Tertius le montant de sa collocation.

Supposons maintenant qu'au lieu de renoncer purement et simplement à son hypothèque, la femme aille plus loin, et cède tous ses droits à Tertius. Dans ce cas, Tertius, prenant la place de la femme et étant son représentant, son ayant-cause, primera de son chef Secundus.

Mais, de bonne foi, quelle différence y a-t-il entre ce cas et le premier? Il n'y en a pas de réelle et d'effective. Tout ce qui établit une nuance entre une espèce et l'autre, c'est que, dans la première espèce, la femme se montre *nomine proprio*, contre les autres créanciers hypothécaires, au lieu que, dans la seconde, c'est son cessionnaire qui prend sa place. Ainsi, dans le second cas, on fait *rectâ viâ* ce qui, dans le premier, ne s'opère que d'une manière oblique. On conviendra que ce n'était pas la peine de dire que la difficulté était *ex insolubilibus*. Concluons donc qu'il n'y a aucune différence dans le cas où la femme cède ses droits et celui où elle renonce simplement à ses droits.

600 *bis*. Je ne terminerai pas ceci sans dire que

(1) N° 596.

M. Proudhon (1) veut qu'il y ait une différence entre la renonciation *in favorem* et la cession expresse que la femme ferait de son hypothèque. « *La renonciation* (même » *in favorem*), dit cet auteur, *n'est que privative pour celui* » *qui* la fait..... C'est un acte d'abstention par lequel la » femme promet *de ne pas se prévaloir des avantages* » qu'elle pourrait avoir sur le prêteur; *mais il ne peut en* » *résulter ni transport ni délégation de droit à faire valoir* » *sur des tiers.* »

M. Proudhon me paraît faire ici confusion. On distingue plusieurs sortes de renonciations : les renonciations *abdicatives* ou *extinctives*, et les renonciations *translatives* ou *in favorem*. Les premières seules ont les effets signalés par M. Proudhon. Mais la renonciation *in favorem* est une vraie *cession* (2). Elle transfère des droits à autrui. « *Alia* » *verò* (*renuntiatio*) *translativa dicitur*, dit le cardinal » Deluca (3), quæ in ipso renuntiante jurium vel bono» rum..... præsupponit acquisitionem, *eademque jura in* » *renuntiatarium* transfert, etc. »

De plus, comme je l'ai dit au numéro précédent, on ne conçoit pas que la femme soit exclue, sans qu'au même instant sa place ne soit prise *directement* ou *indirectement* par celui en faveur de qui elle a promis de s'abstenir. Il y a donc nécessairement ici un effet, qui est celui de la cession. Car si la renonciation de la femme était purement *abdicative*, sans aucune idée de cession, son rang serait pris par le créancier venant immédiatement après elle, et non pas par celui avec qui elle aurait traité.

601. Tels sont les principaux points de la question d'après les principes du droit romain. Les auteurs modernes n'ont pas fait ces distinctions ; car ils décident en général que la renonciation à l'hypothèque légale faite par

(1) Usufruit, t. 5, p. 141, n° 2339.
(2) Furgole, Com. sur l'art. 28 de l'ord. des substit., p. 162.
(3) *De renuntiationibus*, t. 2, disc. 1, n°s 5 et 6. V. *infrà*, n° 643 *bis*.

la femme mariée sous le régime dotal est frappée de nullité, sans s'embarrasser de distinguer le cas où cette renonciation peut compromettre la sûreté de la dot, du cas où elle ne nuit en aucune manière à la conservation de ses droits. M. Persil (1) dit: « Qu'une femme mariée » sous le régime dotal ne puisse renoncer à son hypothè- » que (2), ou la restreindre en garantissant la vente faite » par son mari, ou en s'obligeant solidairement avec lui, » *c'est ce dont on ne pourrait douter*. La renonciation ou ces- » sion que cette femme a faite *est frappée de nullité*, parce » qu'elle constitue une aliénation de fonds dotal ; car il » est indifférent que cette femme aliène ses biens dotaux, » ou qu'elle consente à la privation de toute garantie. » Mêmes assertions dans une dissertation de M. Rolland de Villargues (3).

M. Persil cite, à l'appui de sa doctrine, un arrêt de la Cour de cassation dont il ne donne pas la date, mais qui est du 28 juin 1810 (4). Cette décision de la Cour suprême n'est nullement contraire au système des commentateurs du droit romain. Car, dans l'espèce, la dame Pichat, qui avait renoncé à son hypothèque légale au profit des créanciers de son mari, se voyait *ruinée* par cette renonciation, comme le dit le *Journal du Palais* (5).

Il est vrai qu'un arrêt de la même cour, du 19 novembre 1833, paraît plus absolu (6). Mais la question ne

(1) T. 1, Rég. hyp., p. 425.

(2) M. Cambacérès, quoique d'un pays de droit écrit, disait au conseil d'Etat : « qu'il n'y avait aucun cas où il fût permis à une » femme de se dépouiller de ses hypothèques légales ! ! ! »

(3) Dans Sirey, 18, 2, 341. — *Junge* Tessier, t. 1, p. 327.

(4) Sirey, 10, 1, 34. Dalloz, Hyp., 148.

(5) T. 27, p. 421.

(6) Dalloz, 33, 1, 393. Un autre arrêt de la Cour de cass. du 26 mai 1836 (Sirey, 36, 2, 775) ne me semble pas contraire à mon opinion : on peut voir d'une part que le mari avait été exproprié, d'autre part que la femme avait obtenu sa séparation de biens, circonstances qui, assurément, prouvaient que la dot était en péril.

fut pas débattue devant la Cour suprême avec les autorités que je viens de faire passer sous les yeux du lecteur, et il ne paraît pas qu'on ait même discuté le point de savoir si la renonciation de la femme compromettait sa dot (1).

Il ne faut pas hésiter à dire qu'une femme mariée sous le régime dotal ne peut revenir contre les renonciations qu'elle a faites de son hypothèque, toutes les fois que sa dot n'en éprouve pas de préjudice (2). Nous verrons plus bas que la femme mariée sous ce régime peut aussi renoncer à son hypothèque en faveur de son mari (3).

Passons aux renonciations d'hypothèques consenties par une femme *commune* au profit d'un tiers.

602. Dans les commencements, on a voulu contester à la femme mariée sous le régime de la communauté le droit de renoncer à son hypothèque légale. Mais les doutes ont été bientôt résolus. Capable de toute espèce d'obligations, et même d'aliéner ses immeubles, la femme commune peut à plus forte raison renoncer à l'hypothèque qui sert de garantie à sa dot. Qui peut le plus peut le moins (4). C'est ce qui fut reconnu très-positivement, lors des discussions au conseil d'Etat, par MM. Tronchet et Regnaud. On peut lire dans le tome VII des Conférences les débats auxquels donna lieu l'art. 2140 du Code Napoléon ; on en verra la preuve (5).

(1) V. la note de l'arrêtiste. — Comparez avec les décisions que je cite, tant ci-dessus que dans la note précédente, les arrêts des cours de Caen, 18 août 1829 (Sirey, 31, 2, 173) ; de Paris, 10 août 1831 (Sirey, 31, 2, 289) ; de Grenoble, 8 mars 1834 (Sirey, 34, 2, 446) ; d'Angers, 10 janvier 1839 (Sirey, 40, 2, 130) ; et de Rouen, 8 février 1842 (Sirey, 42, 2, 271).

(2) V. un arrêt de cass. du 20 avril 1826. Dalloz, 26, 1, 255. Sirey, 26, 1, 439.

(3) N° 649.

(4) Rép., Transcript., p. 118, et le réquisitoire de M. Merlin, en note. Persil, t. 1, p. 246.

(5) Ce point est désormais consacré par une jurisprudence

603. Ce principe incontestable étant une fois reconnu, il convient d'examiner les effets de la renonciation de la femme à l'égard des créanciers.

D'abord, la renonciation de la femme en faveur d'un des créanciers a le même effet qu'une cession de ses droits. Appliquez ici ce que j'ai dit nos 600 et 600 *bis* (1).

Cette renonciation peut se faire tacitement ou expressément. Elle a lieu tacitement lorsque la femme consent à la vente de l'objet sur lequel pèse son hypothèque (2), ou bien lorsque la femme consent à une hypothèque sur le fonds qui lui a été hypothéqué (3). Dans ces deux cas,

constante qui décide, en outre, que la cession de l'hypothèque est valablement faite sans l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 du Code Napoléon, ces formalités n'étant nécessaires qu'au cas de réduction de l'hypothèque consentie au profit du mari seul, et dans le but unique d'affranchir une partie de ses biens de cette hypothèque. Metz, 13 juillet 1820; Cass., 28 juillet 1823; Nancy, 24 janvier 1825; Lyon, 13 avril 1832 et 21 décembre 1840; Bordeaux, 7 avril 1834; Cass., 24 janvier 1838; Paris, 28 août 1844; Cass., 30 juillet 1845; Douai, 20 mars 1851 (Sirey, 21, 2, 176; 23, 1, 414; 35, 2, 84; 32, 2, 492; 41, 2, 268; 34, 2, 268; 38, 1, 97; 44, 2, 540; 45, 1, 711. *J. du Pal.*, 1852, 1, 198). — Je ne trouve qu'un arrêt en sens contraire; il a été rendu par la cour de Paris, le 11 décembre 1834 (Sirey, 35, 2, 14). — Mais il est à propos de faire remarquer que la cession par la femme de son hypothèque légale, ou la subrogation par elle consentie, n'équivaut pas toujours à une renonciation absolue. Spécialement il a été décidé que la subrogation par la femme au profit d'un créancier de son mari, pour le montant d'une créance même supérieure à la valeur des reprises de la femme, n'entraîne qu'un simple abandon de son rang hypothécaire au profit du créancier subrogé, et n'empêche pas la femme de se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari restant à distribuer après le prélèvement exercé par le créancier subrogé. Cass., 20 août 1816; Paris, 3 décembre 1838 et 27 mai 1848 (Sirey, 49, 2, 283).

(1) *Sic* Bourges, 4 mars 1831 (Sirey, 32, 2, 31). — V. aussi MM. Persil, art. 2121, n° 20; Duranton, t. 19, n° 273; Zachariæ, t. 2, § 288, note 8.

(2) *Suprà*, n° 599.

(3) L. 4, § 1. L. 8, § 6. L. 9, § 1, Dig. *Quid mod.*

la femme qui parle au contrat renonce *in favorem*, et cette renonciation produit le même effet que si elle subrogeait dans tous ses droits (1).

Lorsque le mari et la femme se sont obligés solidairement, *mais sans aucune affectation hypothécaire sur les biens du mari*, on ne peut pas dire qu'il y ait renonciation à l'hypothèque de la femme (2). Le contraire a cependant été jugé par arrêt du 2 juin 1823 de la cour de Limoges, dans une espèce où les sieur et dame de Ligondeix avaient acheté un immeuble et s'étaient obligés solidairement au payement du prix, *mais sans consentir à aucune hypothèque pour sa sûreté;* du moins, l'arrestographe ne parle en aucune manière d'une hypothèque promise (3). Néanmoins la cour de Limoges décida que cet *engagement solidaire équipollait* à une cession des droits hypothécaires de la femme sur son mari ; et ce qu'il y a de plus fort, c'est que le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 1827, avec approbation de la solution donnée par la cour de Limoges. Mais il est clair qu'une pareille interprétation n'est qu'une torture donnée au sens des actes ; c'est deviner et non juger. En droit, le créancier n'avait que la ressource du *sous-ordre* pour s'emparer du

(1) Angers, 19 juin 1823 ; Bourges, 19 mai 1823 ; Amiens, 17 mars 1823 ; Paris, 1er juin 1807 ; *idem*, 11 mars 1813 (Dalloz, 1824, 2, 83 et suiv.) ; Lyon, 22 juillet 1819 (Dalloz, Hypoth., p. 152) ; Nancy, 22 mai 1826 (Dalloz, 27, 2, 188) ; Cassat., 2 avril 1829 (Dalloz, 29, 1, 209). Grenier, t. 1, p. 550. *Suprà*, nos 600 et 600 *bis*. *Infrà*, n° 606. — V. néanmoins un arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1849, duquel il résulte que le fait par une femme mariée d'avoir concouru à la vente consentie par son mari d'un immeuble dépendant de la communauté, n'emporte renonciation à son hypothèque légale sur cet immeuble qu'au profit de l'acquéreur et non des autres créanciers de son mari (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 66). — *Junge* Amiens, 19 décembre 1846 (*J. P.*, 1847, t. 2, p. 99) ; Lyon, 15 mai 1847 (Sirey, 48, 2, 230).

(2) Dalloz, Hyp., p. 147.

(3) Dalloz, 27, 1, 201.

montant de la collocation de la femme (art. 778, Procédure civile), si celle-ci n'avait pas aliéné son droit au profit d'autres créanciers (n° 606) (1).

Quid, lorsque le mari s'est obligé, avec hypothèque sur ses biens, au payement d'une somme, et que la femme s'oblige *solidairement* avec lui ? On peut dire que la présence de la femme à l'acte, jointe à l'adhésion qu'elle donne à l'obligation personnelle du mari, est un acquiescement donné à la stipulation par laquelle l'immeuble est hypothéqué au profit du créancier (2).

Mais il faudrait en décider autrement si le mari s'étant obligé, par un premier acte portant hypothèque, au payement d'une somme d'argent, la femme s'obligeait, *par acte subséquent*, au payement de cette même somme, sans rien promettre à l'égard de l'hypothèque. Ici on ne pourrait pas argumenter de la présence de la femme, de son approbation tacite à l'hypothèque donnée sous ses

(1) Mon opinion n'est nullement contrariée par un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1834 (Dalloz, 1, 162). Cet arrêt est fondé tout entier sur cette idée, savoir, que le créancier avait consenti à recevoir divisément de la part de la femme dans la dette solidaire, qu'il avait donné décharge à ses héritiers, et qu'ainsi il n'avait plus aucun droit à exercer du chef de la femme. Du reste, il ne traite pas la question de subrogation. Voyez, dans mon sens, un arrêt de la cour de Paris du 20 juillet 1833 (Dalloz, 34, 2, 29) ; un autre arrêt de la même cour du 2 janvier 1836 (Sirey, 36, 1, 149 ; Dalloz, 36, 2, 73) ; et surtout un arrêt plus récent de la même cour, duquel il résulte que le créancier auquel la femme a cédé expressément tous ses droits, reprises et créances contre son mari, avec subrogation également expresse dans son hypothèque légale, doit être admis à profiter de ladite hypothèque exclusivement à celui qui a seulement l'obligation solidaire et personnelle de la femme, une semblable obligation n'équivalant pas à une subrogation ; 8 avril 1851 (*J. P.*, 1851, t. 2, p. 231). — V. aussi Orléans, 24 mai 1848 (Sirey, 50, 2, 145).

(2) Arg. de la loi 12, § 4, Dig. *Quib. modis pignus solv.* — V. Lyon, 24 mai 1850 (Sirey, 50, 2, 532) ; Bourges, 4 mars 1831 (Sirey, 32, 2, 31) ; Cass., 4 février 1839 (*J. P.*, 1839, t. 1, p. 343) ; Cass., 3 mai 1852 (Sirey, 53, 2, 79).

yeux sur l'immeuble qui lui est déjà engagé et au profit d'un individu dont elle se reconnaît débitrice. L'obligation de la femme devrait être prise telle qu'elle se présente, comme simple obligation personnelle. Le créancier n'aurait à son égard que la ressource du sous-ordre.

C'est, je crois, avec cette distinction qu'on peut concilier les opinions contraires des auteurs (1).

604. Voyons maintenant l'influence que la renonciation de la femme exerce à l'égard des autres créanciers. Ils sont antérieurs ou postérieurs.

605. 1er cas. *Créanciers postérieurs.*

Lorsque la femme renonce tacitement à faire valoir son hypothèque légale au profit d'un individu, elle ne peut, au préjudice de ce créancier, céder expressément à d'autres une hypothèque légale dont elle s'est dépouillée. Il est évident que les créanciers postérieurs ne pourront, dans aucun cas, opposer au créancier antérieur une subrogation faite en leur faveur postérieurement à la renonciation qui a investi celui-ci d'une exception pour repousser la femme qui voudrait agir contre lui.

Exemple. Dans un ordre ouvert pour la distribution du prix provenant de la vente des immeubles d'un sieur Quinart, deux créanciers produisirent. Le sieur Boucher, premier inscrit, avait une hypothèque qui lui avait été solidairement consentie par les époux Quinart. Le sieur Lepinois avait obtenu de la femme Quinart une subrogation à son hypothèque légale. Boucher fut colloqué avant Lepinois. Celui-ci contesta. Arrêt de la cour de Metz ainsi conçu :

(1) MM. Grenier, t. 1, n° 254 ; Proudhon, t. 5, n° 2334 ; Dalloz, Hyp., p. 147, n° 7. Voyez au n° 426, *suprà*, une autre espèce dans laquelle la Cour de cassation a jugé qu'il y avait subrogation tacite de la part de la femme mariée en secondes noces, en faveur de ses enfants mineurs du premier lit dans l'effet de son hypothèque légale.

« Attendu, quant au prix provenant des immeubles » de J.-B. Quinart, que, par acte du 28 juin 1802, les » époux Quinart, débiteurs solidaires de Boucher, lui » ont spécialement affecté en hypothèque les immeu- » bles en garantie du payement de sa créance;

» Qu'en constituant cette hypothèque spéciale, la » femme Quinart a *nécessairement renoncé*, en faveur de » Boucher, à l'exercice des droits à elle résultant de son » contrat de mariage, et des effets de son hypothèque lé- » gale sur lesdits immeubles ; que, dès lors, elle n'a pu » céder depuis ces mêmes effets à de nouveaux créan- » ciers, ni les subroger, au préjudice de Boucher, dans » des droits dont elle ne pouvait plus se prévaloir contre » lui; que, par conséquent, il faut reconnaître que la » subrogation générale par elle consentie le 6 juin 1818, » au profit de Lepinois, ne peut être opposée à Bou- » cher (1). »

Même décision dans un arrêt de la cour de Paris, du 29 août 1822 (2).

606. 2e cas. *Créanciers antérieurs à la renonciation.*

A l'égard des créanciers antérieurs à la renonciation de la femme, il faut examiner s'ils sont créanciers cédulaires du mari et de la femme, ou s'ils ont reçu d'elle quelque affectation hypothécaire.

(1) 4 juin 1822 (Dalloz, 1824, 2, 83). M. Dalloz ne donne pas le texte de cet arrêt dans sa collection alphabétique. Il en cite seulement la date. V° Hyp., p. 153, n° 8.

(2) Dalloz, 1824, 2, p. 84 et 85. Même observation quant à la collection alphabétique. Je trouve un arrêt de la même cour, du 15 février 1832, qui paraît s'écarter de cette jurisprudence, et qui, suivant l'arrêtiste, donne à un créancier porteur d'une subrogation expresse et inscrite, préférence sur un créancier dont la cession était antérieure, mais n'était que tacite (Dall., 34, 1, 338). Mais d'abord, l'arrêt n'est pas motivé sur ce point; il ne fournit aucune lumière sur les raisons qui ont pu déterminer une telle décision. De plus, je doute qu'en fait le créancier écarté par la cour de Paris eût une cession tacite; car, dans son pourvoi devant la Cour de cassation, il n'en dit pas un mot. Le silence de l'arrêt et de la requête n'est-il pas significatif?

Lorsque les créanciers antérieurs sont simplement créanciers cédulaires du mari et de la femme, celle-ci peut céder à d'autres créanciers ses droits hypothécaires, sans que les premiers puissent s'en plaindre. Comme le fait remarquer M. Grenier (1), il ne peut y avoir de différence entre une femme mariée qui s'oblige sans se soumettre à aucune affectation hypothécaire, et un autre individu quelconque. Supposez que Pierre, ayant une hypothèque sur l'immeuble B, contracte une dette purement personnelle avec Primus; il est bien sûr que Primus ne participera en rien à l'hypothèque de son débiteur sur l'immeuble B. Seulement, si Pierre n'aliène pas ce droit d'hypothèque, Primus pourra venir en sous-ordre pour prendre entre ses mains le prix provenant de la vente de l'objet vendu par expropriation. Mais il faut remarquer que dans le sous-ordre tous les créanciers viennent par contribution.

Que si, au contraire, Pierre aliène son hypothèque, comme il en a le droit, qu'il la cède à Secundus, par exemple, celui-ci se mettra à la place de Pierre, et Primus ne pourra s'en plaindre. Car c'est le sort des créanciers hypothécaires de n'avoir aucun droit sur les choses que le débiteur aliène. C'est à eux de s'imputer de n'avoir pas stipulé une affectation sur la chose (2). Ainsi, dans ce cas même, Primus n'aura la ressource du sous-ordre qu'autant que Secundus aura été payé par préférence du montant de sa créance.

Eh bien! ce qui est incontestablement vrai pour le débiteur dont je viens de parler, doit avoir également lieu lorsque c'est la femme qui s'oblige. Après avoir contracté une dette purement personnelle, conjointement avec son mari, elle peut ensuite subroger d'autres créanciers dans son droit d'hypothèque, sans que le premier créancier puisse s'en plaindre.

(1) T. 1, p. 545, n° 254.
(2) *Suprà*, t. 1, n°s 9 et 10.

Telle est la jurisprudence de la cour de Paris (1).

Mais que devrait-on décider si le premier créancier, outre l'obligation purement personnelle de la femme, avait, par le fait du mari, une hypothèque sur les biens de ce dernier? Posons d'abord une première hypothèse.

Pierre emprunte à Primus 50,000 fr., et lui donne une hypothèque sur le fonds A. Par un acte subséquent (2), la femme de Pierre déclare s'obliger personnellement et solidairement avec son mari; mais elle ne fait aucune cession de ses droits hypothécaires.

Si les biens du mari sont vendus à la poursuite de Primus, c'est en vain que la femme séparée de biens réclamera une collocation préférable à la sienne pour indemnité de ses dettes. La femme s'est obligée solidairement envers Primus; elle doit remplir son obligation; ce qu'elle prendrait d'une main, elle devrait le lui payer de l'autre. Elle n'est donc pas fondée à se prévaloir, au préjudice de Primus, de ses droits hypothécaires. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, par arrêt du 11 novembre 1812, sur les conclusions de M. Daniels, et au rapport de M. Zangiacomi (3).

Supposons maintenant qu'après s'être obligée solidairement en faveur de Primus, mais sans consentir à

(1) Arrêts du 15 janvier 1813 (Dall., 24, 2, 86, et Hypoth., p. 151, note 6); 15 mai 1816 (Dall., Hyp., p. 151, n° 4). On a vu ci-dessus la critique que j'ai faite d'un arrêt de la Cour de cassation (n° 603), qui a décidé que l'obligation solidaire de la femme entraîne renonciation à son hypothèque. Dans l'arrêt de 1813, la cour de Paris a décidé le contraire avec raison.

(2) V. *suprà*, n° 603.

(3) Dalloz, Hyp., p. 149. C'est par la voie du sous-ordre (article 778 du Code de procédure civile) que le créancier cédulaire profiterait de l'émolument de la femme. M. Proudhon, t. 5, p. 146, n° 2334. Telle est l'observation fort juste que M. Dalloz avait faite sur cet arrêt de la Cour de cassation dans son volume de 1824, 1, p. 227. Je ne vois pas pourquoi il la rétracte dans sa collection alphabétique, *loc. cit.*

aucune hypothèque, la femme subroge Secundus dans tous ses droits hypothécaires. C'est ici que commence la difficulté. On demande si Secundus pourra prétendre l'antériorité sur Primus, et dire à ce dernier : Votre hypothèque sur le fonds ne prend rang que du jour de votre inscription; la mienne prend date au jour du mariage; car je suis subrogé aux droits de la femme, et je participe à tous ses priviléges.

Il semble que Primus puisse répondre : « Que m'importe ce qui a pu intervenir entre vous et la dame » Pierre? Si celle-ci se fût présentée pour prétendre que » son hypothèque doit primer la mienne, je l'aurais repoussée par l'exception *quem de evictione tenet actio,* » *eumdem agentem repellit exceptio.* Eh bien! je vous repousse par la même exception; car vous êtes son représentant : vous ne pouvez avoir plus de droits qu'elle » n'en a. »

Cependant je ne crois pas que cette réponse de Primus soit aussi fondée qu'elle est spécieuse. Il est faux que la femme de Pierre doive garantie à Primus pour son hypothèque. Cette femme n'a contracté à cet égard aucune obligation. L'hypothèque est tout à fait demeurée étrangère à leurs stipulations. L'épouse s'est obligée à payer à Primus une somme de 50,000 fr.; mais cette promesse est purement personnelle.

Assurément on ne peut dire que Secundus, cessionnaire des droits hypothécaires de la femme, soit obligé pour quelque chose au payement de cette somme de 50,000 fr. Dès lors comment pourrait-on lui opposer une exception tirée de cette obligation personnelle de la femme envers Primus. L'ayant-cause à titre singulier ne succède pas à toutes les obligations de son auteur. Il ne succède qu'à celles qui pèsent sur la chose qu'il tient de celui-ci. Ainsi lorsque, dans la première hypothèse, la femme se présente pour réclamer le bénéfice de son hypothèque légale, Primus a pu lui dire avec succès que, puisqu'elle réunissait en sa personne la qualité de créan-

cière hypothécaire antérieure de son mari, et celle de débitrice de lui Primus, elle devait, pour éviter un circuit d'actions, lui céder sa collocation antérieure. Mais ici les choses ne sont plus entières : la femme s'est dépouillée de son hypothèque; elle l'a aliénée sans que Primus puisse s'en plaindre, puisqu'il ne s'était réservé aucune subrogation (1). Or le cessionnaire de la femme n'est nullement le débiteur de Primus. Il ne se peut agir entre eux de circuits d'actions : ils sont parfaitement étrangers l'un à l'autre.

La vérité de cette solution devient encore plus manifeste si l'on met, par hypothèse, un autre débiteur à la place de la femme.

Par exemple, Primus est débiteur cédulaire de Secundus. Tous deux ont une hypothèque sur un bien appartenant à Jacques. L'inscription de Primus est à la date du 1er janvier 1827, et celle de Secundus est à la date du 2 février de la même année. Primus vend son droit d'hypothèque à Titius. On ne soutiendra pas que Secundus puisse repousser Titius, par la raison qu'il est créancier de Primus, auteur de ce même Titius. Car Titius n'est nullement chargé de répondre des obligations purement personnelles qu'il a plu à Primus de contracter. Il n'est pas son ayant-cause à l'égard de ses obligations; il lui est *penitùs extraneus*. Il est clair qu'il doit en être de même lorsqu'il s'agit d'une cession d'hypothèque faite par une femme mariée (2).

607. Je viens de parler du cas où les créanciers antérieurs de la femme sont purement chirographaires.

Mais si les créanciers antérieurs à la cession de la femme ont reçu d'elle une subrogation, soit tacite, soit expresse, dans son hypothèque, alors ils ne peuvent être lésés par les subrogations ultérieures de la femme.

608. Il suit de là que tous les individus subrogés à la

(1) *Suprà*, nos 9 et 10.
(2) M. Grenier, t. 1, p. 552 et suiv.

femme seront colloqués suivant les dates de leurs actes de subrogation.

Quoique ce principe paraisse aujourd'hui assez constant, néanmoins la cour de Paris y a vu d'abord des difficultés, et, par arrêt du 8 décembre 1819, elle a décidé que tous les créanciers porteurs de subrogations consenties par la femme devaient être colloqués, non suivant la date de leurs contrats, mais au même rang, et se distribuer au marc le franc le montant des deniers (1).

On disait dans ce système que les cessionnaires, ayant tous la femme pour obligée, se trouvaient avoir un droit égal, puisqu'il remontait au jour du mariage.

Mais c'est évidemment là un faux aspect donné à la difficulté. La femme s'est dépouillée par la première subrogation. Son hypothèque s'est trouvée restreinte jusqu'au montant de cette subrogation. Y ayant eu dessaisissement, elle n'a pu préjudicier à son premier cessionnaire par des cessions nouvelles; car nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. Le second cessionnaire ne doit donc marcher qu'après le premier, et ainsi de suite. C'est ce que la cour de Paris avait déjà reconnu elle-même par arrêt du 12 septembre 1817 (2).

Et il est difficile de comprendre pourquoi elle a changé sa jurisprudence (3). Car par là elle annule l'effet de la subrogation. En effet, si les subrogés viennent tous par concurrence à la date du mariage, c'est réduire la subrogation à un sous-ordre, c'est dire par conséquent que tous les créanciers subrogés ou non subrogés y seront admis, d'après l'art. 778 du Code de procédure civile. Que devient alors la subrogation consentie par la femme (4)?

(1) Dalloz, Hyp., p. 151, n° 6.

(2) Dal., Hyp., p. 150, n° 3. Arrêt conforme, 16 mai 1816. Idem, p. 151, n° 4. *Junge* Metz, 13 juillet 1820 (Sirey, 21, 2, 176). Cass., 24 janvier 1838 (Sirey, 38, 1, 97). Paris, 18 mars 1848 (Sirey, 48, 2, 307).

(3) On voit, par la note précédente, qu'elle y est revenue.

(4) Arrêt de Nancy du 24 janvier 1833 (Sirey, 33, 2, 85).

Mon opinion est celle de MM. Grenier (1), Proudhon (2) et Dalloz (3).

Ceci se concilie fort bien avec ce que j'ai exposé *suprà*, n° 366, savoir qu'entre cessionnaires d'une créance privilégiée il y a concurrence, et que l'ordre des cessions est indifférent. Car, comme je l'ai dit ailleurs (4), entre *privilégiés* ce n'est pas la date du titre que l'on considère, mais la faveur de la cause ; de telle sorte que tous les privilégiés placés dans le même rang doivent être payés par concurrence. Mais entre créanciers hypothécaires il n'en est pas de même ; c'est l'ordre des dates qui fixe les rangs.

Ma solution n'est pas contrariée non plus par ce que j'ai dit *suprà*, n° 379, savoir, que tous les subrogés viennent par concurrence entre eux.

Lorsque j'énonçais ce principe, j'entendais parler du cas où la subrogation est donnée par le créancier dans l'intérêt de ceux qui l'ont payé. Alors le créancier n'est censé vouloir établir aucune préférence entre les subrogés.

Mais ici il n'en est pas de même. Il s'agit de subrogations faites par le *débiteur* pour son propre intérêt : il agit dans un esprit de dessaisissement ; à mesure qu'il cède, il se dépouille, et il devient garant de chacune des cessions (5).

609. Mais les créanciers subrogés par la femme doivent-ils faire inscrire leurs subrogations?

L'affirmative a été soutenue dans les tribunaux, et elle est enseignée par M. Grenier (6).

(1) T. 1, p. 547.
(2) Usufruit, t. 5, p. 139.
(3) Jurisp. gén., v° Hyp., p. 147. *Junge* MM. Duranton, t. 12, n° 144, et Zachariæ, t. 2, § 288, note 2.
(4) T. 1. n°s 86, 89 et 3 6, et art. 2097 du Code Napoléon.
(5) M. Grenier, t. 1, n° 93.
(6) T. 1, p. 349.

Mais la négative est plus conforme aux principes et à la jurisprudence.

En effet, les créanciers subrogés aux droits de la femme ont le même bénéfice qu'elle, c'est-à-dire que la femme étant dispensée d'inscrire son hypothèque, les créanciers sont également dispensés d'inscription. Si on soumettait les créanciers subrogés à l'inscription, ils ne jouiraient pas de la plénitude de leurs subrogations. Cessionnaires d'hypothèques exemptes d'inscription, ils ne peuvent, sans attentat à leur titre, être forcés à s'inscrire.

Peu importe d'ailleurs aux tiers. Car il est indifférent pour eux que le montant de la collocation de la femme soit touché par la femme ou par ses cessionnaires.

Je conviens qu'entre les différents individus subrogés, il peut y avoir des inconvénients. Je les ai signalés dans la préface de cet ouvrage. Ils peuvent ignorer les subrogations consenties antérieurement par la femme, et ne trouver souvent qu'une fâcheuse illusion à la place du gage qu'ils ont cru s'assurer. Mais c'est à l'imperfection de la loi qu'il faut s'en prendre sur ces inconvénients. Aucune disposition du Code ne soumet à l'inscription les cessions de créances, quelles que soient les hypothèques ou les priviléges accessoires dont elles sont investies entre les mains du cédant. Ce serait créer une véritable loi que de les assujettir à l'inscription. Aussi la jurisprudence des arrêts n'exige-t-elle pas que les cessionnaires de la femme inscrivent leurs subrogations (1). Je pourrais citer à cet égard beaucoup d'arrêts de la cour de Nancy. Je me contente d'en indiquer un du 22 mai 1826, rendu sur mes conclusions conformes (2). La jurisprudence y

(1) Dalloz, Hypoth., p. 147. Orléans, 26 juillet 1826 (Sirey, 27, 2, 93). Cassat., 2 avril 1829. Dalloz, 1829, 1, 209. Bordeaux, 10 avril 1845 (Sirey, 47, 2, 166).

(2) Dalloz, 27, 2, 187. J'engage également à consulter un arrêt remarquable de cette cour, en date du 24 janvier 1825 (Sirey,

est tellement constante sur ce point, qu'on oserait à peine y proposer la question.

Je dois cependant faire observer que le créancier porteur de subrogation fera prudemment dans son intérêt de faire inscrire son contrat. J'en ai donné la raison *infrà*, n° 644 *ter*, et *suprà*, n° 377.

Il s'évitera des difficultés dans le cas où la femme consentirait à la restriction de son hypothèque conformément à l'art. 2144.

609 *bis*. J'ai parlé jusqu'ici de l'effet de la cession de la femme au profit *d'un créancier* vis-à-vis d'autres créanciers. Disons un mot de la cession que la femme ferait au profit *de l'acquéreur* du bien soumis à l'hypothèque légale. Une pareille cession, soit qu'elle fût expresse, soit qu'elle fût tacite, aurait pour résultat de mettre l'acquéreur à même de repousser tous les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. Il exciperait à leur égard de la préférence qu'avait sur eux la femme qu'il représente. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1819 (1). Mais s'il y avait des cessions antérieures à la sienne, l'acquéreur devrait les respecter, et il ne pourrait s'en affranchir qu'en purgeant. Je parlerai au n° 644 *ter* d'un cas différent.

610. On a prétendu, dans un procès devant la cour d'Amiens, que le créancier subrogé à l'hypothèque de la femme ne peut pas exercer le droit d'hypothèque légale de la femme, tant qu'il n'y a pas séparation de biens entre les époux.

Pour examiner cette difficulté, il faut distinguer deux cas. Le premier a lieu lorsque le mari est en faillite, le second a lieu lorsqu'il n'est pas dans cet état.

35, 2, 84). Mais on peut voir, par ce que j'ai dit dans la préface, que tous les projets successivement produits devant l'Assemblée législative, lors de la discussion de la réforme sur le régime hypothécaire, posaient en principe la nécessité de l'inscription.

(1) Dalloz, Hyp., p. 153

Lorsque le mari est en faillite, il est certain que les créanciers personnels de la femme peuvent exercer tous ses droits, quoique la femme ne soit pas séparée de biens (1).

Dans le cas où le mari n'est pas en faillite, je conviens qu'en thèse générale la femme ne peut exercer la répétition forcée de ses droits ; car ce serait nuire à l'autorité maritale, dont l'un des priviléges est de jouir de la dot de la femme. Mais lorsque, *par un fait étranger à la femme*, son hypothèque doit se mettre en action, alors rien n'empêche que la femme n'agisse pour la conservation de ses droits ; ce n'est pas porter atteinte à l'autorité maritale. Les représentants de la femme pourront donc, dans ce cas, profiter de la subrogation. Proposons une hypothèse.

Titius et sa femme s'obligent solidairement envers Primus, et lui donnent hypothèque sur l'immeuble A, avec subrogation aux droits de la femme. Cet immeuble est déjà hypothéqué à Secundus et à Tertius. Quelque temps après, Titius vend l'immeuble A à Sempronius, et le prix s'en distribue aux créanciers hypothécaires.

Alors s'élève une contestation entre Primus d'une part, et Secundus et Tertius de l'autre. Ces deux derniers créanciers soutiennent qu'ils ne peuvent pas être primés par Primus, parce que, disent-ils, ils représentent Titia, qui ne pourrait se présenter à l'ordre dans l'état de choses actuel. Son mari est *in bonis* : il n'y a pas de séparation de biens (2).

Ce système ne me paraît pas admissible.

La femme peut, pendant le mariage, faire des actes conservatoires de ses droits. Lorsque l'acquéreur a fait les diligences nécessaires pour purger, et que la femme a pris inscription conformément aux art. 2194 et 2195

(1) Art. 1446 du Code Napoléon. Arrêt de la Cour de cassation, 15 janvier 1817. Dalloz, Hyp., p. 153. Sirey, 17, 1, 146.

(2) L. 29, C. *De jure dot.*

du Code Napoléon, si son hypothèque est la plus ancienne, l'acquéreur ne peut faire aucun payement du prix au préjudice de son inscription. Donc, quoique le mariage subsiste, quoique le mari ne soit pas en déconfiture, et qu'il n'y ait pas séparation, la femme peut toucher, jusqu'à concurrence de son inscription, le montant du prix de la chose vendue à son mari, sauf à pourvoir à ce que les fonds lui soient conservés jusqu'au moment où elle pourra en donner quittance, soit en autorisant l'acquéreur à les retenir dans ses mains, soit en leur donnant tout autre emploi qui mette en sûreté la créance de la femme. « Hactenùs igitur, dit le président Favre (1), » mulieri consulendum erit, ut redactum ex licitatione » pretium penès idoneum mercatorem deponatur, per » cujus manus usuras legitimas mulier percipiat, ut se » suosque alat. » C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 14 juillet 1821 (2). Donc le représentant de la femme pourra se présenter en son lieu et place, quand même il n'y aura pas séparation de biens. C'est aussi l'avis de M. Grenier, mais par d'autres motifs qu'on peut consulter (3).

Ce que je viens de dire du cas de vente volontaire, doit avoir lieu à plus forte raison lorsque les immeubles du mari, hypothéqués à la sûreté de la dot de sa femme, sont vendus par expropriation forcée; il est certain qu'alors les créanciers porteurs de subrogations de la femme peuvent venir à l'ordre, et se prévaloir de la préférence de leur hypothèque, sans que les créanciers saisissants postérieurs en date puissent opposer qu'ils exercent des droits non ouverts pour la femme. On ne peut condamner les créanciers qui ont traité avec la femme à se voir enlever leur gage (4); d'autant qu'il y a déconfiture,

(1) Code, lib. 5, tit. 7, déf. 27.
(2) Dalloz, Hyp., p. 140, 141.
(3) Hyp., t. 1, p. 561.
(4) Même arrêt de cassation.

lorsque le mari en est réduit au point de se laisser exproprier (1).

Mais ici se présente une difficulé que nous devons examiner. On sait que les effets de l'hypothèque légale de la femme varient suivant la nature des créances auxquelles elle est attachée. Lorsque, par exemple, le mari a vendu un propre de la femme, et que par là il a dissipé son patrimoine, c'est là un fait qui cause un dommage actuel, pour la réparation duquel la femme a une hypothèque assurée et définitive. Aussi, s'il y a lieu à un ordre, la femme doit être colloquée *hic et nunc*, et sauf les précautions dont nous parlerons plus tard (2). D'où il suit que le cessionnaire de la femme, dont les droits sont égaux aux siens, sera fondé à réclamer en son lieu et place le montant de sa collocation.

Mais maintenant supposons qu'il s'agisse non plus de propres aliénés, mais bien d'indemnité de dettes contractées pendant la communauté. On sait que lorsque la femme s'est obligée même solidairement pour les affaires de la communauté, elle n'est considérée que comme caution, à l'égard du mari qui lui doit une indemnité (1431 du Code Napoléon), pour sûreté de laquelle elle a hypothèque légale. Mais cette indemnité n'est due à la femme qu'autant que par le fait, elle a payé le créancier de ses propres deniers, et que par là elle a éprouvé une perte, un dommage. Eh bien! qu'arrivera-t-il, si, l'ordre s'ouvrant avant que la femme ait rien payé, son cessionnaire se présente pour profiter de son hypothèque et prétend primer les créanciers postérieurs? Aura-t-il droit à une collocation actuelle? ou bien devra-t-il se tenir satisfait si le mari ou les créanciers lui donnent une caution suffisante que le montant de la collocation sera rapporté dans le cas où la femme payerait la dette?

Cette question s'est présentée devant la cour d'Amiens,

(1) M. Grenier, t. 1, n° 123.
(2) *Infrà*, n°s 612, 627 et 993.

et elle a été décidée contre le créancier qui prétendait une collocation actuelle, par arrêt du 9 février 1829 (1), confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1832 (2). Mais une seconde espèce l'ayant soulevée devant la Cour suprême, elle a été résolue en sens contraire par arrêt de la section des requêtes du 25 mars 1834 (3).

Avec du pessimisme dans l'esprit, on pourra crier à la contradiction. Je ne crois cependant pas qu'il soit impossible de concilier ces deux décisions. Dans l'espèce de l'arrêt de 1834, le mari était hautement en déconfiture, et dès lors la femme aurait eu le droit de forcer son mari à l'indemniser, même avant d'avoir payé, aux termes de l'art. 2032 du Code Napoléon (4). Le représentant de la femme pouvait donc user de la même faculté qu'elle. D'un autre côté, l'arrêt constate qu'on n'avait offert à la femme aucune garantie que le montant de sa collocation lui sera remboursé en cas de poursuites.

En était-il de même dans l'espèce jugée en 1832? Non sans doute. Les assurances avaient été données à la femme. De plus, il n'était pas venu dans l'idée du représentant de la femme de se prévaloir devant la cour d'Amiens du bénéfice de l'art. 2032 pour exiger un payement actuel. Ces nuances me paraissent suffisantes pour expliquer l'apparente contradiction des deux arrêts.

Au fond, je suis d'avis que le second doit seul faire autorité, alors toutefois qu'il y a déconfiture. L'art. 2032 est formel ; il autorise la femme à agir, c'est à-dire à se faire apporter décharge ou deniers suffisants pour acquitter la dette. Elle est donc fondée à prendre sur le

(1) Dalloz, 29, 2, 158.
(2) Dalloz, 32, 1, 322. *Junge* Orléans, 1 déc. 1836 (Sirey, 37, 2, 89.)
(3) Dalloz, 34, 1, 137.
(4) V. Bourges, 5 mai 1830 (Sirey, 30, 2, 185).

prix des biens saisis sur son mari la somme nécessaire pour payer le créancier (1), et cette collocation est garantie par son. hypothèque légale. Donc son représentant sera reçu à faire ce qu'elle aurait pu faire.

C'est à tort que l'on croit trouver dans cette manière de voir le renversement de toutes les garanties hypothécaires.

Les créanciers postérieurs de la femme n'ont-ils pas dû s'attendre à cette chance toute naturelle, résultant des combinaisons du contrat de mariage ? Eh ! que leur importe que les deniers soient pris par la femme pour les remettre au créancier dont les instances la menacent, ou que ce soit ce dernier qui vienne lui-même les recevoir au nom de la femme? D'ailleurs le système de garanties imaginé par la cour d'Amiens n'est-il pas en définitive un équivalent de cet état de choses? En effet, le mari ou ses créanciers postérieurs à la femme promettent, moyennant caution, que celle-ci sera indemnisée en cas de poursuites, et que le montant de la collocation lui sera rapporté. Mais ne voyez-vous pas que le créancier qui a la femme pour obligée directe va se hâter de la poursuivre, et de la contraindre à payer, et qu'aussitôt les créanciers qui lui ont donné garantie seront forcés de payer d'une main ce qu'ils ont reçu de l'autre? En quoi donc, je le demande, l'un des systèmes que je viens d'exposer favorise-t-il plus que l'autre le crédit particulier (2)?

(1) Jugé, en conséquence, que si par le résultat de la liquidation, la femme se trouve débitrice de son mari, elle peut opposer aux créanciers de celui-ci, qui saisissent entre ses mains les sommes qu'elle lui doit, la compensation qui résulte à son profit des indemnités à elle dues pour les dettes solidaires, bien qu'au moment de la saisie elle ne les ait pas encore payées. Cass., 7 mars 1842 (Sirey, 42, 1, 640.)

(2) Depuis la dernière édition de cet ouvrage, la question dont je m'occupe a été fréquemment présentée devant les tribunaux et y a reçu, en général, une solution conforme à celle que j'ai

611. Ce que je viens de dire au numéro précédent me conduit à conclure ici que la femme, avertie qu'un acquéreur des biens de son mari veut les purger de son hypothèque légale, peut prendre toutes les mesures conservatoires pour que cet acquéreur ne fasse pas de payements à son préjudice aux créanciers de son mari qui lui sont postérieurs en hypothèque. — Elle peut donc se présenter à l'ordre pour être colloquée à son rang, et faire valoir ses droits hypothécaires, sans qu'il y ait séparation de biens. Cela peut très-bien se concilier avec les principes ; car il ne s'agit ici que de mesures conservatoires (1).

Si la femme peut se présenter à l'ordre sur le prix d'un immeuble volontairement vendu par son mari, elle peut de même se présenter à l'ordre sur le prix des immeubles vendus par expropriation forcée.

612. Ici se présente une question des plus graves. Elle consiste à savoir si lorsqu'une femme est mariée sous le régime dotal, et que son mari aliène sa dot immobilière, elle peut, *constante matrimonio*, soit qu'il y ait séparation de biens, soit qu'il n'y en ait pas, laisser dormir l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal, et se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari,

soutenue. V. Paris, 26 août 1836 (Sirey, 36, 2, 548) ; Bordeaux, 12 mai 1837 (Journal des arrêts de cette cour, 1837, p. 305) ; Cass., 2 janvier 1838 (Sirey, 38, 1, 560) ; Orléans, 24 mai 1848 (Sirey, 50, 2, 145) ; Cass., 21 août 1849 (*J. du Pal.*, 1850, t. 2, p. 574).

(1) V. Metz, 18 juillet 1820 (Sirey, 21, 2, 365) ; Poitiers, 14 déc. 1830 (Sirey, 31, 214) ; Rouen, 11 mars 1846 (Sirey, 46, 2, 503). Mais il a été décidé que le droit qu'une femme peut avoir à exercer contre son mari pour les indemnités qui lui seraient dues, à raison de l'échange de ses biens effectué par celui-ci, n'est ouvert et acquis qu'à la dissolution du mariage, et par suite que la femme n'est pas admise, pour cette indemnité, à produire pendant le mariage dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix des biens de son mari. Cass., 3 août 1848 (Sirey, 49, 1, 71).

vendus à la requête de ses créanciers, jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens dotaux aliénés.

Cette question partage les tribunaux et les jurisconsultes.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1821 (1), a décidé que la femme est maîtresse de choisir à son gré l'action hypothécaire ou la revendication. En voici le texte :

« Vu la loi 30, au C. *De jure dotium*, et les art. 2121,
» 2135 et 2195 du Code Napoléon ; considérant que, par
» leur contrat anténuptial du 8 floréal an IX, les mariés
» de Croy-Chanel ont stipulé que, quant à leur mariage,
» ils ne seraient réglés que par les lois du pays de droit
» écrit ; que la loi romaine donne à la demanderesse, à
» raison de ses biens dotaux aliénés, et l'action révo-
» catoire desdits biens, et l'action hypothécaire sur les
» biens de son mari, afin que, comme s'en explique cette
» loi, la demanderesse ait à ce sujet toutes les garanties
» possibles, *ut ei plenissimè consulatur;* que le Code Na-
» poléon, sous l'empire duquel la demanderesse a exercé
» son action hypothécaire, lui a lui-même conservé cette
» action de la manière la plus formelle; l'art. 2121 ac-
» corde à la femme le premier rang entre les hypothèques
» légales; l'art. 2135 fixe la date de l'hypothèque de la
» dot au jour du mariage, et la dispense de l'inscription;
» l'art. 2195 fait défense à l'acquéreur des biens du mari,
» de faire aucun payement à des créanciers qui n'au-
» raient pas une hypothèque antérieure à celle que la
» femme aurait fait connaître lui appartenir ;

» Considérant que ces articles sont communs aux fem-
» mes mariées sous le régime dotal et à celles mariées
» en communauté, le Code Napoléon n'exprimant et
» n'indiquant même aucune distinction entre elles,

(1) C'est celui que j'ai cité au numéro précédent. Dalloz, Hyp., p. 141.

» respectivement aux hypothèques qu'il accorde aux » femmes sur les biens de leurs maris; que la femme qui » se présente à un ordre ouvert sur le prix des biens de » son mari, vendus par expropriation, constate ses droits » aussi légalement que celle qui s'inscrit après une » vente volontaire, lorsque l'acquéreur, voulant purger, » a instruit la femme personnellement de l'acquisition » par lui faite, et a rempli toutes les formalités exigées » par l'art. 2194 du Code Napoléon; que, dans l'un » comme dans l'autre cas, aucun payement ne peut être » fait ni ordonné au profit des créanciers qui, n'ayant » pas d'hypothèque antérieure à la sienne, ne peuvent » être colloqués en ordre utile avant elle; que si les cir- » constances sont telles, que la femme ne puisse être ac- » tuellement autorisée à recevoir, ce n'est pas une raison » pour ne pas la colloquer à son rang, et pour distri- » buer, à son préjudice, à des créanciers postérieurs, les » fonds sur lesquels elle doit être préférée; qu'alors c'est » aux tribunaux, après avoir colloqué la femme au rang » que la loi lui assigne, à pourvoir à ce que les fonds lui » soient conservés jusqu'à l'instant où elle pourra les re- » cevoir et en donner quittance valable, soit en autori- » sant l'acquéreur à les retenir dans ses mains, soit en » ordonnant tout autre emploi qui mette en sûreté la » créance de la femme; de tout quoi il résulte que la » cour d'Amiens, qui a refusé de colloquer la demande- » resse, et qui a approuvé la distribution du prix de l'im- » meuble vendu sur le mari, entre des créanciers qu'elle » prime par l'antériorité de son hypothèque, est contreve- » nue aux lois précédemment citées; par ces motifs, » casse et renvoie devant la cour de Rouen. »

Cette dernière cour adopta dans son entier ce système de la Cour de cassation (1). On cite aussi, dans le même sens, un arrêt de la cour de Nîmes de 1824, que je crois

(1) Arrêt du 28 mars 1825. Dalloz, Hyp., p. 141, note.

inédit, un arrêt de la cour de Grenoble du 30 juin 1825 (1), et un arrêt de la cour d'Aix du 1er février 1826 (2).

M. Grenier s'est élevé contre cette jurisprudence (3). Il soutient qu'elle porte atteinte à l'inaliénabilité de la dot; qu'elle renverse le régime dotal, en permettant de substituer une dot mobilière à une dot immobilière, et en exposant la femme aux chances de perte qui résultent de cette conversion; que la loi 30 au C. *De jure dotium* est inapplicable à la question, parce qu'elle a été rendue à une époque où le bien dotal pouvait être aliéné du consentement de la femme; qu'il faut chercher la raison de décider dans la loi unique au C. *De rei uxoriæ act.*, qui défend l'aliénation du fonds dotal, même avec le consentement de la femme; que, depuis cette loi, il n'a pas été permis à la femme de ratifier l'aliénation de son fonds dotal, en venant se faire colloquer sur une somme mobilière.

M. Grenier ajoute que le système de la Cour de cassation est non-seulement fatal pour la femme, qu'il expose à de grands périls, mais encore pour les créanciers, qui, sachant qu'une femme est dotée avec des biens qui ne peuvent périr, n'ont pas craint qu'elle eût à exercer un recours sur les biens du mari, et cependant se voient pri-

(1) Dalloz, 25, 2, 181.

(2) Dalloz, 27, 2, 172. *Junge* Pau, 31 décembre 1834 (Dalloz, 35, 2, 83. Sirey, 35, 2, 208); Bordeaux, 21 août 1836 (Journal des arrêts de cette cour, 1836, p. 583); Cass., 27 juillet 1826 (Sirey, 27, 1, 246). Cass., 28 nov. 1838 (Sirey, 38, 1, 963); Rouen, 28 mai 1823 (Sirey, 24, 2, 10); Bordeaux, 28 mai 1830 (Sirey, 30, 2, 246); Grenoble, 16 août 1832 et 7 décembre 1835 (Sirey, 35, 2, 208 et 36, 2, 307); Cass., 16 novembre 1847 (Sirey, 48, 1, 25). C'est aussi l'avis de MM. Merlin, Rép., v° Remploi, § 9, n° 2 et Quest., v° Remploi, § 8; Tessier, t. 2, p. 62; Pont et Rodière, Contr. de mariage, t. 2, n° 586; Coulon, Quest. de Droit, t. 2, p. 324; Cubain, Dr. des femmes, n° 375.

(3) T. 1, p. 562, n° 260. *Junge* MM. Bellot, t. 4, p. 164 et suiv.; Benoît, t. 1, p. 369 et suiv.; Taulier, t. 5, p. 338; Seriziat, n° 194.

més par elle contre toute attente, et lorsqu'elle peut réclamer le bien dotal aliéné.

Tel était le choc des opinions sur cette question importante pour les contrées où le régime dotal est encore si enraciné, lorsqu'elle s'est représentée devant la cour de Nîmes en 1826. Me Crémieux, qui avait plaidé lors de l'arrêt de 1824, et qui avait succombé dans une première lutte, réunit en faveur de l'opinion de M. Grenier de nouveaux efforts, et cette fois il eut un plein succès. Car, par arrêt du 29 août 1826 (1), la cour de Nîmes, abandonnant la route tracée par sa première décision de 1824, et sur les conclusions conformes de M. Rousselier, conseiller auditeur, jugea que la loi qui assure l'inaliénabilité absolue du fonds dotal, ne permet pas à la femme de se faire colloquer pour sa dot immobilière sur le prix de biens vendus sur son mari (2).

Depuis, il est intervenu plusieurs arrêts conformes (3).

613. Au milieu de ce conflit, je crois qu'il est nécessaire de se livrer à quelques développements pour arriver à une opinion exacte. Je serai quelquefois forcé de combattre ceux dont j'adopte le sentiment pour le fond. Mais quand je trouve un raisonnement qui me semble mauvais, je le repousse, de quelque part qu'il vienne.

D'abord il faut bien se fixer sur le point qui doit faire l'objet de la discussion.

Nul doute qu'à la dissolution du mariage, la femme n'ait l'option entre l'action en revendication et l'action en collocation sur les prix des immeubles de son mari. A la mort du mari, l'association conjugale cesse d'exis-

(1) Dalloz, 27, 2, 173.

(2) V. *Gazette des Tribunaux*, n° 287, 18 septembre 1826.

(3) Grenoble, 31 août 1827 (Dall., 28, 2, 144); 8 mars 1827 (Dall., 28, 2, 9); 3 juillet 1828 (Dall., 29, 2, 8); 12 janvier 1835 (Dall., 32, 2, 65. Sirey, 35, 2, 331); Caen, 5 décembre 1836 (Dall., 37, 2, 158. Sirey, 37, 2, 161); Grenoble, 7 avril 1840 (Dall., 41, 2, 104. Sirey, 41, 2, 222).

ter; et le bien dotal rentre dans le commerce. La femme peut donc renoncer à son action en revendication : elle peut consentir à la ratification de la vente, et se faire indemniser sur le prix des biens à elles hypothéqués et saisis sur son mari (1).

Mais lorsque le mariage n'est pas dissous, lorsqu'il n'y a que séparation de biens, la dot reste inaliénable (2). C'est donc dans le cas où le mari est encore vivant, que la question de savoir si la femme peut opter entre sa chose même ou la valeur mobilière de cette chose, est de nature à mériter examen.

614. D'après la loi Julia, *De adulteriis* (3), le mari ne pouvait vendre, sans le consentement de sa femme, le fonds dotal situé en Italie, et inestimé. D'après Justinien, la même prohibition n'existait pas pour l'immeuble dotal situé en province (4). Cependant Caïus représente ce point comme douteux (5).

La même loi Julia défendait d'hypothéquer le fonds dotal italien, même avec permission de la femme. Elle s'était montrée plus sévère à cet égard que pour l'aliénation; car elle supposait que les femmes consentiraient bien plus facilement à hypothéquer leurs biens qu'à les vendre. « Et ratio diversitatis hæc est (dit Cujas) (6), quia » faciliùs mulier consentit obligationem fundi dotalis, » quàm alienationi. »

Mais Justinien fit disparaître toutes ces différences entre l'aliénation et l'hypothèque, entre le fonds italien

(1) Despeisses, t. 1, p. 277, n° 3.

(2) Olea, *De cessione jurium*, t. 3, p. 7, n° 22. Donadeus, *De renuntiat.* cap. 21, n° 40. Cassat., 19 avril 1819 (Sirey, 20, 1, 19); et 18 mai 1830 (Sirey, 30, 1, 266). Arrêt de Bordeaux, du 26 février 1835. (Journal des arrêts de cette cour, 1835, p. 170).

(3) Paul., Sent., lib. 2, tit. 21, Caïus, Inst., lib. 2, n° 63.

(4) *Inst. quib. alienare licet.*

(5) *Loc. cit.* M. Ducaurroy, Inst., t. 1, p. 408, n° 504.

(6) Récit. solenn. sur le § dernier de la loi unique. C. *De rei uxor. act.*

et le fonds provincial ; il ne voulut pas que le fonds dotal italien ou provincial pût être aliéné ou hypothéqué, même avec le consentement de la femme (1).

Ceci posé, voyons ce qui avait lieu par le droit romain relativement à l'hypothèque légale de la femme.

J'ai dit ci-dessus (2) que d'après l'ancien droit, la femme n'avait qu'un privilége *inter creditores personales*. Elle n'avait pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari : si elle voulait en avoir une, il fallait qu'elle la stipulât ; et cette hypothèque conventionnelle ne jouissait du privilége du temps que suivant le droit commun.

Mais Justinien réforma cette jurisprudence, par la loi 30 au C. *De jure dotium*, il donna d'abord à la femme une hypothèque tacite et privilégiée *sur son fonds dotal*, soit qu'il fût estimé ou non, ou bien une action réelle pour le revendiquer comme sien. Puis par la loi unique au C. *De rei uxor. act.* et la loi *Assiduis*, C. *Qui potiores*, il donna une hypothèque légale à la femme *sur tous les biens de son mari*, et il voulut que cette hypothèque fût préférable à celle de tous les créanciers antérieurs.

Ces notions étaient indispensables à rappeler pour saisir le sens des lois qui font l'objet de la controverse.

615. Examinons d'abord la loi 30 au C. *De jure dot.*, dont je viens de parler.

La Cour de cassation voit dans cette loi deux droits donnés à la femme, l'un pour réclamer sa dot par l'action en revendication, l'autre pour se faire indemniser de sa dot *sur les biens de son mari à elle hypothéqués*.

Mais c'est là une erreur contre laquelle on ne saurait trop s'élever (3).

En effet, la loi 30, au C. *De jure dot.*, ne donne à la femme aucun droit sur les biens de son mari. Soit qu'elle

(1) L. unique, C. *De rei uxor. act.* Cujas, *loc. cit.*
(2) N° 417.
(3) M. Dalloz est tombé dans la même erreur, 28, 2, 9, note.

parle de l'action en revendication, soit qu'elle parle de l'action hypothécaire, c'est toujours sur les biens mêmes composant la dot de la femme que le recours de celle-ci est limité.

Qu'on ne trouve pas extraordinaire que cette loi donne à la femme une hypothèque sur son propre bien dotal. D'après les principes du droit romain, la dot estimée était censée appartenir au mari; bien plus, d'après la subtilité du droit, la dot même inestimée passait dans le domaine du mari. Sous ce rapport, on pouvait penser que la femme avait besoin d'une hypothèque tacite pour ne pas perdre ses droits; ainsi rien de contraire à la règle *res sua nemini hypothecari potest*. Mais, d'un autre côté, la femme étant propriétaire de sa dot *naturaliter*, comme le dit la loi 30, la fiction du droit ne pouvait détruire la vérité des choses. L'action en revendication devait donc lui appartenir.

Ainsi, veut-on suivre la subtilité du droit d'après laquelle le mari est censé propriétaire de la dot? la femme aura l'action hypothécaire pour la recouvrer. Veut-on suivre la nature des choses qui veut que la femme soit propriétaire de ce qu'elle a apporté à son mari, et qu'il doit lui restituer? alors elle aura l'action en revendication. De sorte que, de quelque manière qu'on veuille considérer le droit de la femme, elle aura toujours un recours assuré, *ei plenissimè subvenietur*. Elle pourra reprendre sa dot, inestimée ou estimée, soit par l'action hypothécaire, soit par l'action en revendication. Nul créancier du mari, même antérieur au mariage, et auquel le mari aurait hypothéqué ses biens présents et à venir, ne pourra prétendre lui être préféré sur les biens composant cette même dot. Tel est le sens que donnent à la loi 30, Bartole (1), Godefroy (2) et Cujas (3).

(1) Sur cette loi.
(2) *Idem*.
(3) Récit. solen., *De jure dotium*, au Code.

Mais la femme pourra-t-elle, d'après la même loi 30, prétendre une hypothèque légale sur les autres biens de son mari, comme l'a avancé la Cour de cassation? Ecoutons Cujas, *loc. cit.* « Hoc ergò privilegium, lex *in rebus* » 30 dat TANTUM *in ipsis rebus dotalibus, sive estimatæ* » *sint, sive inestimatæ sint.* » Et plus bas : « Et hoc qui» dem *de rebus dotalibus*, ut in eis mulier habeat privi» legium et inter personales et inter reales actiones. An » idem habeat etiam *in aliis bonis mariti? Minimè*, quod » jam antè docui. Non habuit in aliis bonis mariti antè » legem ultimam infrà *Qui potior. in pignore*, et constitu» tionem unic. Cod. *De rei uxor. act.*, verùm posteà Jus» tinianus in const. tituli sequentis (leg. unicâ C. *De rei* » *uxor. act.*) quæ est posterior legi *ubi* C. *De jure dot.*, » amplificavit mulierum privilegia et dedit mulieribus » tacitam hypothecam *in aliis omnibus bonis mariti*, dotium » eis conservandarum causâ; in leg. ult. C. *Qui potior.* » *in pignor.*, dedit etiam mulieribus privilegium in eis » hypothecâ tacitâ persequendis, ut præponerentur » omnibus creditoribus hypothecariis etiam antiquiori» bus, etc. »

Ainsi, il est bien entendu que, par la loi 30, la femme n'avait aucune hypothèque légale sur les biens propres de son mari; qu'elle ne pouvait agir que sur les biens composant sa dot. Comment donc la Cour suprême a-t-elle pu se fonder sur cette loi pour décider qu'une femme pouvait par droit d'hypothèque se faire colloquer sur le prix des biens propres de son mari? L'arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1821, pèche donc dans cette partie. Mais une mauvaise raison ne doit pas nuire à une bonne cause, et l'on verra plus tard que son arrêt est pour le fond à l'abri de la critique.

Quant à la loi unique C. *De rei uxor.*, § 1, on n'y trouve absolument rien de décisif en faveur du système embrassé par la Cour de cassation. Justinien se borne dans ce § à donner à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari. Il en est de même de la loi

Assiduis; elle ajoute à l'hypothèque générale et tacite le privilége de l'antériorité sur tous les créanciers plus anciens; mais elle garde le silence sur l'option accordée à la femme par la Cour de cassation.

Du reste, il ne faut pas dire, avec Mᵉ Crémieux devant la cour de Nîmes, que la loi unique C. *De rei uxor. act.*, § dernier, qui prononce l'inaliénabilité du fonds dotal, a par cela même abrogé la loi 30, C. *De jure dot.*, qui donne l'action hypothécaire à la femme sur ce même fonds dotal. Ces deux lois se coordonnent parfaitement dans le même système, et Justinien les considérait comme si peu abrogées l'une par l'autre, qu'il les rappelle toutes deux dans la loi *Assiduis*, C. *Qui potior*, § 1 (1). C'est pourquoi Cujas, en commentant le § dernier de la loi unique au C. *De rei uxor. act.*, et en rappelant tous les droits dont la femme est investie, dit que dans le dernier état de choses elle avait une hypothèque *in rebus ipsis dotalibus*, et sur tous les biens de son mari (2). Or, n'était-ce pas la loi 30 au C. *De jure dot.*, qui donnait à la femme une hypothèque *in rebus ipsis dotalibus?* Donc, cette loi n'était pas abrogée par la loi unique au C. *De rei uxor.*

616. Je viens à la loi 29 au C. *De jure dot.*, qui rentre plus directement dans notre question, puisqu'elle parle du cas où la femme demande pendant le mariage que sa dot soit mise en sûreté, *marito vergente ad inopiam.*

« Lors, dit-elle, que pendant le mariage le mari est réduit *ad inopiam*, et que la femme veut mettre ses intérêts à couvert, elle peut s'emparer des choses qui lui ont été hypothéquées (*res sibi suppositas*) pour dot, donation anténuptiale et extra-dot. Si un créancier *postérieur* du mari l'actionne en justice, elle le repoussera par le secours d'une exception (car, dit Godefroy, *possidenti datur ex-*

(1) V. glose de Godefroy, note *n*.
(2) V. ce passage de Cujas, *infrà*, nº 616.

ceptio). Elle peut même agir contre les tiers détenteurs de biens appartenant à son mari, et c'est en vain que ceux-ci lui opposeront que le mariage n'est pas dissous; car elle pourra exercer l'action revendicatoire sur tous les créanciers du mari postérieurs à elle, comme elle aurait pu le faire à la dissolution du mariage : néanmoins la femme ne pourra pas vendre ces choses tant que son mari sera vivant et que le mariage subsistera ; mais elle se servira des fruits pour nourrir elle, son mari et ses enfants. A la dissolution du mariage, le mari et la femme pourront faire valoir leurs droits sur la dot et la donation anténuptiale, conformément au contrat de mariage. »

Quelques réflexions sont nécessaires ici.

Remarquons d'abord que, dans cette loi, Justinien ne parle que d'une hypothèque conventionnelle. Car à cette époque l'empereur n'avait pas encore créé l'hypothèque tacite et générale de la dot. C'est la remarque de Cujas (1), in leg. *Ubi*, C. *De jure dot.* : « *Res viri suppositas* oportet » intelligere ex *conventione* obligatas, quia nondùm erat » tacita hypotheca, et Justinianus nondùm dederat taci- » tam hypothecam mulieribus. »

On doit observer encore que cette hypothèque conventionnelle dont parle la loi 29 *Ubi* n'a que le privilége du temps ; car Justinien ne donne de préférence à la femme que sur les créanciers du mari postérieurs. C'est encore la remarque de Cujas, *loc. cit.*

Mais il faut dire que depuis que l'empereur Justinien eut accordé aux femmes une hypothèque tacite et privilégiée, les dispositions de la loi 29 sont devenues applicables, même lorsqu'il n'y avait pas d'hypothèque expresse consentie par la femme, et que celle-ci a pu s'en prévaloir contre des créanciers plus anciens.

Ainsi la loi 29, combinée avec les lois postérieures, fait

(1) Récit. solenn. sur le Code *De jure dotium*.

précisément ce que mal à propos on a cru trouver dans la loi 30 : elle donne à la femme le droit d'agir, *constante matrimonio*, sur les biens à elle hypothéqués.

Ceci posé, examinons les conséquences de la loi 29. La femme peut se mettre en possession des biens que son mari lui a hypothéqués pour ses apports matrimoniaux (1). C'était le premier effet de l'exercice de l'hypothèque chez les Romains; car le créancier qui voulait profiter de l'hypothèque devait d'abord se faire mettre en possession de la chose hypothéquée (2) : ce n'était qu'après avoir été mis en possession, et après certain délai et certaines formalités, qu'il pouvait faire vendre la chose.

Voilà donc la femme en possession. Mais pourra-t-elle faire comme tous les autres créanciers hypothécaires? Pourra-t-elle faire vendre le fonds hypothéqué, ce qui est le but de toute hypothèque? Non, elle ne le pourra pas. « Ità tamen, ut eadem mulier nullam habeat licen-
» tiam eas res alienandi, *vivente marito et matrimonio*
» *inter eos constituto*, sed fructibus earum ad sustenta-
» tionem tam suì, quàm mariti, filiorumque, si quos ha-
» bet, abutatur. »

Ce sont les propres expressions de la loi 29 *Ubi*, quoiqu'à cette époque, la loi unique au C. *De rei uxor.*, qui défend l'aliénation de la dot, n'eût pas été publiée, et que la femme pût, dans certains cas, consentir à l'aliénation de sa dot.

Et c'est de cela que le président Favre conclut avec raison que cette hypothèque de la femme, dans ce cas

(1) Favre, Code *De jure dotium*, déf. 35. « Mulier quæ, *marito*
» *ad inopiam vergente*, ut sibi pro dote cautum esset, egerat, et
» partem *bonorum mariti à tertiis possessoribus* ex eâ causâ vindi-
» caverat. » Et définit. 11 : « Jus dotis est inter cætera, ut eo
» nomine possit mulier bona mariti retinere...., cùm habeat illa
» jure pignoris obligata, etc. »

(2) *Suprà*, 16.

spécial (1), ne renferme pas la même condition que les autres hypothèques, c'est-à-dire que *le bien sera vendu, si l'argent dû n'est pas payé* (2).

Quel pouvait être le motif de cette exception à la règle générale?

C'est parce qu'on ne voulait pas que la femme reçût des deniers dont la dissipation est facile. « Fragilis enim » et lubrica res est *pecunia*, quæ facilè perire potest (3). » C'est parce qu'on croyait que ses droits seraient mieux assurés avec des biens immobiliers produisant des fruits.

Aussi Favre assure-t-il (4) que si une femme eût consenti à recevoir sa dot en argent, dans le cas de séparation de biens pour cause de déconfiture du mari, cela eût été un motif suffisant pour qu'elle se fît restituer en entier. Car ce sont des biens immobiliers que la femme doit recevoir, et pas de l'argent. « Superioribus conse» quens est ut, sive mulier ipsa consenserit ut, *constante* » *matrimonio*, dos in *pecunia reddatur*, non debeat ea res » nocere mulieri, at potiùs justam præbeat causam resti» tutionis in integrum, etc. »

De plus, et par une nouvelle conséquence de ces idées, on tenait pour opinion commune que les créanciers du mari ne pouvaient user, dans le cas de séquestration des hypothèques de la dot, du droit d'offrir, c'est-à-dire du droit qui permettait au créancier postérieur de se faire abandonner le gage par le créancier antérieur en payant à celui-ci le montant de ce qui lui était dû (5). Car c'eût été, contre les dispositions de la loi 29, mettre dans les

(1) Les praticiens appelaient l'exercice de ce droit *Assecuratio dotis vel indemnitas dotis*. Favre, C. *De jure dot.*, déf. 2, et *passìm*.

(2) Favre, C. *De jure dotium*, lib. 5, tit. 7, déf. 2, n° 7, et déf. 3.

(3) L. 79, § 1, *De leg.* 3. L. 22, C. *De adm. tutor.* Favre, C. *loc. cit.*, déf. 2, note 6.

(4) Déf. 3, *loc. cit.*

(5) Favre, C. lib. 5, tit. 7, déf. 2, et *passìm in hoc tit.*

mains de la femme une somme d'argent périssable à la place d'un fonds de terre. Je sais bien que tel n'était pas le sentiment de Fachinée (1); mais ce juriste convient lui-même qu'il n'est pas de l'avis du plus grand nombre, en soutenant que les créanciers avaient le droit d'offrir.

Ainsi, quand même une femme n'aurait eu qu'une dot mobilière, elle n'aurait pu, d'après les lois romaines, et la jurisprudence attestée par le savant président du sénat de Chambéry, se la faire payer en argent : il fallait qu'elle se fît mettre en possession des biens de son mari à elle hypothéqués, jusqu'à concurrence de son apport, pour les détenir à titre de garantie et en percevoir les fruits, sans qu'il pût vendre ces biens. On sait combien, à plus forte raison, cela devait avoir lieu lorsque la dot de la femme consistait en immeubles que le mari s'était permis d'aliéner. Evidemment, elle ne pouvait prendre de l'argent en nantissement.

Mais il n'est pas moins vrai aussi que dans ce cas la femme pouvait ne pas demander, *constante matrimonio*, la révocation de la vente du fonds dotal ; qu'elle pouvait exiger qu'on la mît en possession d'une portion suffisante des biens de son mari. C'est ce qui résulte fort clairement de ce passage de Cujas : « Data est mulieri » (ut docuit l. unica C. *De rei uxor. act.*) *pro fundo dotali* (2) *et pro dote totâ, quâcumque in re consistat*, tacita » hypotheca, et in rebus ipsis dotalibus (3), et in omnibus rebus mariti ipsius, ut beneficio tacitæ hypothecæ, » alienatum vel obligatum fundum dotalem, etiamsi ipsa » consenserit, *vel quò is fundus ei salvus sit*, bona omnia

(1) Controv., lib. 3, cap. 100.

(2) *Pro fundo dotali !* Donc l'hypothèque a lieu non-seulement pour des sommes dotales, mais encore pour le fonds dotal.

(3) *In rebus ipsis dotalibus !* Donc la loi 33, au C. *De jure dot.*, qui accorde à la femme une hypothèque *in ipsis rebus dotalibus*, n'est pas abrogée par la loi unique au C. *De rei uxor. act.*

» mariti consequi possit (1). » Ce passage contient un grand sens, et pour me servir des expressions employées quelque part par son auteur (2), je pourrais dire qu'il est « *plenissimus juris.* » J'y reviendrai dans le cours de cette discussion.

Voilà donc la femme qui a droit de négliger l'action en revendication pour poursuivre les biens de son mari « *quò fundus dotalis ei salvus sit.* » Cette décision de Cujas ne laisse pas de place à l'équivoque.

Dira-t-on que c'est favoriser l'aliénation du fonds dotal que Justinien avait interdite par le § final de la loi du C. *De rei uxor. act.?*

Mais si la doctrine de Cujas avait ce résultat, pourrait-on supposer que cet esprit profond et lumineux s'y fût abandonné précisément en commentant ce § de la loi qui prohibe l'aliénation du fonds dotal ! ! !

Ensuite comment ne fait-on pas attention que ce dépôt des biens du mari donné à la femme, sans qu'elle pût les aliéner et pour qu'elle pourvût à sa subsistance et à celle de ses enfants, ne la privait pas du droit de réclamer sa dot en nature ? En effet, la loi 29 dans sa disposition finale porte : « Ipsis etiam marito et uxore post matri-» monii dissolutionem super dote et ante nuptias dona-» tione, pro dotalium instrumentorum tenore, *integro suo* » *jure potituris.* »

617. Si je passe à la jurisprudence française, je trouve que nous n'avons jamais admis cette mise en action de l'hypothèque dont parle la loi 29. Chez nous l'hypothèque n'a de tout temps produit d'autre droit que celui de faire vendre, après la saisie de justice, le bien hypothéqué.

D'où il suit que si une femme eût apporté à son mari une dot mobilière, et que celui-ci fût tombé en décon-

(1) Récit. solenn., C. *De rei uxor. act.*, § dernier, col. 1.
(2) Récit. solenn. sur le C. *De jure dotium.*

fiture, sa femme pouvait se faire colloquer pour le montant de sa dot sur le prix des immeubles saisis sur son mari (1). Seulement on ordonnait que le montant de la collocation accordée à la femme serait placé d'une manière sûre, afin qu'elle en pût toucher les intérêts sans avoir la possibilité d'en dissiper le capital (2).

Mais lorsque la femme apportait à son mari une dot immobilière, c'est-à-dire *inaliénable*, et que le mari se permettait de la vendre, on ne voit pas que la femme ait jamais pu abandonner *définitivement* en France, pas plus que dans le droit romain, son droit à revendiquer sa dot, et préférer *définitivement aussi* à son immeuble une collocation mobilière. C'eût été tolérer directement l'aliénation de la dot *pendant le mariage*, et violer la loi unique au C. qui faisait loi dans les pays de droit écrit. Si les femmes ont obtenu des collocations sur le prix des immeubles du mari vivant, mais obéré, ce n'a jamais pu être qu'à titre de collocation provisoire. Envisagée sous ce point de vue, la collocation ne consacrait pas l'aliénation de la dot. La femme conservait toujours le droit de faire révoquer l'aliénation. Sa collocation n'était qu'une garantie de plus pour mettre à couvert ses droits : *quò fundum dotalis ei salvus sit*, comme disait Cujas. On sent que dans beaucoup de cas, il pouvait être utile à la femme de prendre des sûretés : quelquefois le fonds dotal avait été l'objet de dégradations majeures dans les mains d'un tiers acquéreur dissipateur et mauvais père de famille. Le reprendre dans cet état, ce n'eût pas été un moyen d'assurer la subsistance de la mère, de son mari, de ses enfants. La collocation sur le prix des biens vendus du mari venait au secours de la femme, et mettait entre ses mains un capital que l'on plaçait avec sûreté, et qui en même temps qu'il lui procurait des revenus annuels et

(1) *Infrà*, n° 618, une espèce jugée par le parlement de Provence.

(2) Boniface, vol. 1, tit. des Dots.

fixes, lui garantissait qu'elle pourrait plus tard rentrer dans son fonds dotal sans perte. Quelquefois aussi le fonds dotal aliéné avait reçu entre les mains de l'acquéreur des améliorations considérables, des impenses qu'il était impossible à la femme de rembourser sur-le-champ; son action en revendication se trouvait paralysée. En attendant, les biens de son mari étaient mis en vente et adjugés. Fallait-il que, privée de la possibilité actuelle de réclamer son fonds dotal, elle vît le prix des biens du mari distribué à ses créanciers, sans qu'elle y prît part? Non sans doute. Elle se faisait colloquer pour la valeur de son fonds dotal aliéné, et elle jouissait de cette collocation tant que les mêmes obstacles s'opposaient à la revendication de son fonds dotal. Mais aussi longtemps que durait le mariage, elle pouvait reprendre sa dot en abandonnant sa collocation, parce que la dot était inaliénable pendant la durée du mariage. Ce n'était qu'à la dissolution du mariage qu'elle pouvait faire en faveur de la collocation en argent une option définitive, parce qu'alors seulement sa dot cessait d'être placée hors du commerce.

On voit que ce système était absolument celui du droit romain, si ce n'est en ce qui concerne la vente du fonds hypothéqué, qui devait nécessairement avoir lieu en France dans les principes du régime hypothécaire, tandis qu'à Rome on avait voulu que la femme en conservât la possession et ne pût l'aliéner.

618. Je crois avoir retracé avec fidélité l'esprit de l'ancienne jurisprudence : c'est, ce me semble, faute de l'avoir bien saisi, qu'on s'est livré à des réflexions chagrines qui tombent dans la déclamation. Il me reste à justifier par des autorités ce que je viens d'avancer.

Écoutons cette espèce retracée par Boniface:

La femme Rostagne, se mariant avec Goiran, se constitua en dot 900 livres d'argent, et le bois de Pin, lequel fut vendu en 1615 par Goiran à Feautrier et Spagnet. En 1618, les affaires de Goiran s'étant dérangées, la femme Rostagne se fit colloquer sur les biens de son mari

pour la somme de 900 fr., et demanda sa mise en possession sur le bois de Pin; mais Feautrier et Spagnet s'y opposèrent. La femme Rostagne garda le silence jusqu'en 1628. Alors ayant fait estimer le bois de Pin à 7,000 fr., elle se fit colloquer pour cette somme sur les biens qui restaient à son mari. Mais en l'année 1637, Goiran père céda à son fils une partie des biens sur lesquels portait la collocation de sa femme, et cela pour le remplir des sommes qu'il lui avait données par son contrat de mariage. Il mourut en 1643. La femme Rostagne se pourvut alors pour être mise en possession du bois de Pin, comme étant un fonds dotal et par conséquent inaliénable, et elle se rendit appelante de la sentence du lieutenant qui lui avait permis de se faire colloquer sur les biens de son mari pour 7,000 fr., désavouant toute la procédure, comme faite par son mari *en usurpant son nom*. — Elle disait que la conséquence de cette collocation serait de faire considérer le fonds dotal comme aliénable, contre la disposition du droit; mais qu'il fallait dire que les collocations faites par les femmes, *marito vergente ad inopiam, ne sont que pour leur assurance, et ut se suosque alant; qu'après la mort du mari elles pouvaient renoncer à leurs collocations, et prendre leur fonds dotal*. Elle répondait par là au moyen que l'on tirait contre elle de la maxime, *electâ unâ viâ*, etc.—Par arrêt du 14 novembre 1644, la possession du fonds dotal fut donnée à la femme Rostagne (1).

L'usage des parlements de ne pas motiver leurs décisions ne permet pas de savoir si la prétention de la femme Rostagne fut admise par la raison que la procédure en collocation avait été faite à son insu, ou bien par la raison que la collocation n'était qu'une assurance provisoire, que la femme pouvait abandonner pour reprendre son fonds. Il y a cependant lieu de croire que c'est ce dernier motif qui dut prévaloir dans l'esprit des juges, parce que

(1) Boniface, vol. 1, p. 370. Liv. 6, t. 2.

d'abord il est fondé sur la disposition expresse de la loi 29 au C. *De jure dotium*, parce qu'ensuite regarder comme définitive l'option des femmes pour l'action hypothécaire, c'eût été amener, par un chemin détourné, à l'aliénation de la dot.

J'ose donc croire que j'ai été dans les vrais principes dans ce que j'ai dit ci-dessus.

619. Je m'attends, toutefois, qu'on va m'opposer Despeisses, qui dit en toutes lettres que la femme, ayant une fois demandé d'être allouée sur les biens de son mari, ne peut plus ensuite être admise à révoquer l'aliénation de son fonds dotal. Mais je suis moi-même pressé de citer cet auteur : d'abord parce qu'il ne dit rien de contraire à mon opinion, et qu'il suffit de prendre sa pensée sous son véritable point de vue pour en être convaincu; ensuite, parce que les partisans de la collocation de la femme pendant le mariage se sont servis de l'opinion de Despeisses pour appuyer la leur, quoique cet auteur ne traite pas du tout la question (1). C'est ce que je dois faire remarquer, quoique je sois un des partisans de la collocation : mais comme je ne cherche que la vérité, je ne veux pas qu'elle se présente avec de fausses citations.

« La femme, dit Despeisses, ne peut être contrainte » de faire cette révocation, même du fonds dotal inestimé, qui a été aliéné par le mari : mais elle a le choix » ou de révoquer ladite aliénation, ou bien de demander » le prix qui a été reçu par son mari. Ranchin, *ad cap.* » Raynut, *in verbo cujus bona*, n° 43. Comme il a été jugé » en la chambre d'édit de Béziers au rapport du sieur » Ranch, le 26 avril 1627, entre Balthasar Dardaillon et

(1) Voyez le plaidoyer de Me Deveze-Biron devant la cour de Nîmes (*Gazette des Tribunaux, loc. suprà cit.*). Je m'étonne que Me Crémieux, son adversaire, ait regardé la citation comme concluante. Il pouvait se donner facilement l'avantage de prouver qu'elle n'était pas applicable.

» les créanciers de Pierre Deshours, qui voulaient em-
» pêcher que Jean Deshours, héritier de Claude de la
» Jonquière, femme dudit Pierre Deshours, ne deman-
» dât le prix, sachant bien que pour ce prix il serait
» préféré à eux, et le voulaient obliger de faire telle ré-
» vocation. Le semblable a été jugé en ladite chambre
» le 28 août 1637, en l'affaire de la distribution des
» biens de Michel Laval, habitant de Montpellier, et le
» 1er septembre 1637. *Arg. L. Si mulier*, 31, *ad S. C.*
» *Vellejan.* Car puisque Justinien, en la loi *In rebus* 30,
» C. *De jure dot.*, donne à la femme *sur les biens dotaux*,
» soit estimés, soit inestimés, l'action de vindication et
» hypothécaire, èsquelles il la rend préférable à tous
» créanciers antérieurs du mari, il s'ensuit qu'ayant non-
» seulement la vindication pour demander sa chose, mais
» aussi l'hypothécaire pour demander le prix, elle a le
» choix de demander ou le prix ou la chose..... Mais la
» femme ayant une fois demandé d'être allouée *sur les*
» *biens de son mari*, en cas d'insuffisance des biens d'ice-
» lui, ne peut plus révoquer l'aliénation. Jugé à Castre,
» le 1er septembre 1537 (1). »

Tout ce paragraphe de Despeisses ne traite que du cas où la femme ou ses héritiers demandent la restitution de la dot, *soluto matrimonio*. Le chapitre d'où il est extrait est intitulé : *De la restitution de la dot après la dissolution du mariage.* Dans l'espèce retracée par l'auteur, Jean Deshours faisait valoir les droits de sa mère décédée : donc le mariage était dissous. Mais dans ce cas, et lorsque la dot est devenue aliénable, qui a jamais pu contester à la femme, ou à ses représentants, le droit de ratifier l'aliénation et de préférer une collocation mobilière ? On conçoit que si alors elle fait son option, cette option est définitive, comme le dit Despeisses, et comme je l'ai dit moi-même à la fin du n° 617, parce qu'alors

(1) T. 1, p. 277, n° 3.

tous les droits de la femme sont ouverts, et que, pouvant choisir, elle doit s'attendre à ce qu'on oppose avec succès la maxime *electâ unâ viâ,* etc.

Mais telle n'est pas la question. Je place la femme dans un cas où sa dot est encore inaliénable, et où une option définitive consacrerait l'aliénation de la dot. En voilà assez pour prouver que l'opinion de Despeisses ne peut être invoquée, et qu'elle est tout à fait inapplicable.

620. Il faut voir maintenant ce que le Code Napoléon a décidé sur cette question.

D'abord le fonds dotal est inaliénable, comme sous le droit romain, et le consentement de la femme ne peut modifier le principe fondamental posé par l'art. 1554 du Code Napoléon.

La femme n'a plus besoin de l'hypothèque sur son fonds dotal telle que la lui avait accordée la loi 30 au C. *De jure dotium,* parce que l'art. 1552 du Code Napoléon a fait disparaître les subtilités que le droit romain tirait du droit de propriété que le mari avait sur la dot. Ainsi, la revendication suffit à la femme.

Mais, de même que par le droit romain, la femme a une hypothèque générale et tacite sur tous les biens de son mari, pour *sa dot* et conventions matrimoniales. Il semble donc que, si sa dot est aliénée par le mari, elle peut, dans le cas où ses intérêts le lui conseillent, prendre la voie hypothécaire pour s'assurer qu'elle ne sera pas en perte.

Cette vérité devient plus palpable par l'art. 2195. Cet article, qui, comme le remarque la Cour de cassation, s'applique au régime dotal comme au régime de la communauté, défend à l'acquéreur d'un bien du mari de faire aucun payement du prix au préjudice de l'inscription que la femme doit prendre lorsqu'on remplit à son égard les mesures nécessaires pour le purgement de l'hypothèque légale. Cette prohibition ne dit-elle pas clairement que la femme peut dans tous les cas, même *constante matrimonio,* s'emparer, au préjudice des créan-

ciers postérieurs du mari, de la somme nécessaire pour s'indemniser de la vente de son bien dotal?

621. M. Grenier, qui a senti la force de cette objection, croit s'en tirer par cette seule raison qu'il jette en avant comme une vérité incontestable : « Ici se présente, » dit-il, une réflexion bien simple, c'est qu'il est évi- » dent que ces articles s'appliquent seulement au cas de » l'hypothèque légale que la femme exerce sur les biens » de son mari, *pour sa dot mobilière;* » et M. Grenier n'ajoute rien pour prouver sa proposition (1).

Mais je réponds que non-seulement cette proposition n'est pas évidente, mais encore qu'elle contient une erreur manifeste. En effet, l'art. 2135 donne à la femme une hypothèque légale pour *raison de sa dot et conventions matrimoniales.* L'art. 2121 lui assure cette hypothèque légale *pour ses droits,* ce qui comprend tous les droits quelconques, savoir, les droits mobiliers ou immobiliers, de même que le mot *dot* comprend la dot immobilière comme la dot mobilière.

Si M. Grenier n'est pas satisfait de cette raison, qu'il me permette de lui fermer la bouche par l'autorité de son maître et du mien, du grand Cujas. *Data est mulieri pro* FUNDO *dotali, et pro dote totâ,* QUACUMQUE IN RE CONSISTAT, *tacïta hypotheca, et in ipsis rebus dotalibus et in omnibus rebus mariti ipsius* (2). J'ai déjà dit que ces termes ne laissaient pas de place à l'équivoque, et j'avais mes raisons pour cela, comme on le voit maintenant. Ainsi qu'on ne nous dise pas que cette opinion de Cujas se rapporte à un état de choses qui n'existe plus; qu'alors la dot pouvait être aliénée dans certains cas par le mari, etc. — Pas du tout : Cujas écrit précisément ces mots en commentant la loi qui prohibe l'aliénation de la dot, même avec le consentement de la femme.

622. Maintenant quelle idée pouvons-nous nous faire

(1) T. 1, p. 572.
(2) Voyez ci-dessus, n° 616, le passage entier.

de l'intérêt que M. Grenier cherche à jeter sur les créanciers postérieurs du mari? il les représente comme trompés par un recours de la femme auquel ils n'avaient pas lieu de s'attendre. Mais il faut répondre que les créanciers du mari ont dû craindre que la femme n'exerçât sa primauté sur eux pour le prix de sa dot aliénée, puisque la loi lui donne une hypothèque, positivement *pro fundo dotali*. Alors ils ont dû prendre leurs précautions.

Que diraient les créanciers si, à la dissolution du mariage, la femme, préférant une somme liquide à son fonds dotal, venait demander une collocation sur les biens du mari vendus pour la valeur de son fonds dotal aliéné? Ils ne pourraient lui opposer aucune exception. Elle serait dans son droit : ils auraient dû prévoir cet événement. Pourquoi n'auraient-ils pas dû avoir la même prévoyance pour le cas où la femme demanderait sa collocation *constante matrimonio?*

623. Je n'ai plus rien à dire de cette raison donnée par M. Grenier et ses partisans, et qui est le fondement de sa thèse, savoir, que la faculté accordée à la femme de venir à l'ordre, contient une aliénation de la dot. Sous le Code Napoléon, comme sous l'ancienne jurisprudence, et sous le droit romain, il doit être certain que la collocation de la femme n'a rien de définitif pour elle, *constante matrimonio;* qu'elle peut l'abandonner à la dissolution du mariage, ou même avant, et que ce n'est qu'après la mort de l'époux que, le fonds dotal étant devenu aliénable, la femme peut définitivement renoncer à sa dot, et en ratifier par conséquent l'aliénation.

On me demandera peut-être où je trouve cette explication écrite dans la loi? Je répondrai qu'elle résulte du principe de l'inaliénabilité de la dot établie par le Code Napoléon. Elle a été adoptée, au reste, dans un arrêt de la cour de Grenoble du 30 juin 1825, qui maintient un jugement du tribunal de Grenoble du 10 juin 1824 (1).

(1) Dalloz, 25, 2, 182.

624. Que dirai-je des exagérations auxquelles on se livre pour représenter le système que j'adopte comme funeste aux intérêts de la femme ?

On prétend que le prix du fonds dotal aliéné peut avoir été dissimulé par le mari au moyen de contre-lettres ! « Une femme (dit Me Crémieux en commentant devant la cour de Nîmes l'opinion de M. Grenier), une » femme se constitue en dot 100,000 fr. d'immeubles ; » le mari les vend 60,000 fr., la femme viendra réclamer 60,000 fr. sur les biens du mari. Voilà 40,000 fr. » déjà dévorés. Elle emploiera les 60,000 fr. à d'autres » immeubles ; le mari vendra de nouveau ; la femme optera de nouveau pour le prix. Deux ou trois ventes successives auront consommé la dot. »

Voilà bien des terreurs paniques ! D'abord la femme, conservant toujours le droit de reprendre sa chose jusqu'à la dissolution du mariage, n'a pas à craindre de voir son fonds dotal dévoré, comme on le dit, par le résultat d'une collocation qui n'est pour elle qu'une garantie de plus.

Ensuite, pourquoi veut-on que la femme soit précisément bornée à réclamer le prix tel qu'il a été fixé entre l'acquéreur et son mari? Elle doit réclamer la valeur réelle de son immeuble d'après une juste estimation; car la femme ne doit pas perdre par le fait de son mari : c'est ainsi que, dans l'affaire retracée par Boniface et dont j'ai parlé ci-dessus, on voit que la femme Rostagne, voulant obtenir collocation, commença par faire estimer son bois du Pin aliéné.

625. Me Crémieux ajoutait à tous ces moyens une raison tirée de l'art. 2135 du Code Napoléon.

« Cet article, dit-il, n'accorde d'hypothèque légale à » la femme que pour la remplir de ses propres aliénés. » Or, cette hypothèque ne se réfère qu'au régime de la » communauté. Quant au prix des immeubles dotaux » aliénés, l'article n'accorde aucune hypothèque : il ne le

» pouvait pas : il aurait implicitement autorisé une alié-
» nation qu'il voulait proscrire. »

Mais ce n'est encore là qu'un paralogisme.

Si l'art. 2135 mentionne l'hypothèque de la femme pour remploi de propres aliénés, ce n'est pas pour refuser une hypothèque pour le prix de la dot aliénée. C'est parce qu'il fallait déterminer *la date* de l'hypothèque pour le remploi. J'ai dit *suprà* pourquoi on avait fixé cette date au jour de la vente (1). J'ai dit aussi, au même lieu, pourquoi l'on n'avait pas fixé une date spéciale autre que celle du contrat de mariage, pour l'hypothèque à raison de l'aliénation du fonds dotal. Je crois devoir maintenir ici tout ce que j'ai avancé. Ainsi ce n'est pas du tout le cas d'appliquer ici la maxime, *inclusio unius est alterius exclusio.*

626. Il est temps de résumer cette longue dissertation.

Par le droit romain, la femme avait l'action en revendication, ou bien l'action hypothécaire pour sa dot aliénée. Elle pouvait, suivant l'exigence des cas, laisser dormir, pendant le mariage, l'action en revendication, et se faire mettre en possession des biens de son mari jusqu'à concurrence de la valeur de sa dot, *quò fundus dotalis ei salvus sit.* A la vérité, elle ne pouvait pas faire vendre ces biens, et pousser jusqu'à leur dernière conséquence les effets de son hypothèque ; mais c'était une exception que l'intérêt de la femme avait fait établir, et qui n'était pas incompatible avec le système hypothécaire des Romains. A la dissolution du mariage, la femme restait maîtresse de reprendre sa dot, et de renoncer à son envoi en possession dans les biens de son mari.

Dans l'ancienne jurisprudence française, les mêmes principes régnaient dans les pays de droit écrit, à la seule différence que, le régime hypothécaire français étant, sous beaucoup de rapports, différent du régime hypo-

(1) *Suprà,* n° 589 *bis.*

thécaire romain, la femme, au lieu de se mettre en possession des biens du mari, ne pouvait venir à collocation que sur le prix ; mais l'on pourvoyait à ce qu'elle ne pût dissiper l'argent provenant de cette collocation, par des mesures salutaires. Du reste la femme pouvait toujours, à la dissolution du mariage, reprendre l'action en revendication, si elle lui était plus utile.

Le Code Napoléon a été conçu dans les mêmes idées de garantie pour la femme. Un texte formel défend à l'acquéreur du bien du mari de faire aucun payement au préjudice de la femme qui s'est fait inscrire. Or, la femme peut se faire inscrire non-seulement pour une répétition mobilière contre son mari, mais encore pour son fonds dotal aliéné, car elle a une hypothèque *pro fundo dotali*. Donc la femme, en demandant sa collocation, ne fait qu'user du bénéfice de la loi qui, loin de lui avoir tendu un piége, comme le soutiennent ceux qui ne sont pas entrés dans son esprit, lui a assuré une double garantie, et a mis tous ses intérêts à couvert sans que les créanciers du mari puissent s'en plaindre, puisqu'ils ont été avertis par la latitude de l'hypothèque donnée à la femme.

627. Si, lorsque la femme est libre par la dissolution du mariage, elle opte pour la collocation, son droit à demander la révocation de la vente du fonds dotal demeure éteint. Si, au contraire, elle renonce à l'hypothèque pour exercer l'action révocatoire, alors les créanciers du mari viennent prendre sa place dans la collocation. C'est pour cela qu'il est d'usage, dans les ordres où la difficulté se présente, de colloquer *conditionnellement* les créanciers postérieurs à la femme, qui sont en rang utile. Alors, pour combiner tous les intérêts, on charge l'adjudicataire des biens du mari de conserver le montant de la collocation de la femme jusqu'à la dissolution du mariage, avec charge d'en payer l'intérêt à la femme. On réserve à la femme ses droits contre les tiers acquéreurs de ses biens dotaux pour agir contre eux, si bon lui sem-

ble, à la dissolution du mariage; et si ce cas arrive, on ordonne que les sommes à elle allouées pour le montant de sa collocation, seront acquises aux créanciers de son mari utilement colloqués après elle (1).

628. Il me reste à indiquer quelques questions transitoires, suggérées par la disposition finale de notre article, portant : « Dans aucun cas, la disposition du pré» sent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à » des tiers avant la publication du présent titre. »

En ce qui concerne les créanciers du mari, on sait que la loi de brumaire an VII obligeait à l'inscription les hypothèques légales des femmes, et qu'elles étaient primées par les créanciers plus diligents qu'elles. Si, à la promulgation du Code Napoléon, une femme mariée sous la loi précédente n'eût pas pris d'inscription, ou si cette inscription eût été postérieure à celle du créancier, ce créancier aurait dû conserver son droit d'antériorité. L'affranchissement d'inscription accordé à la femme par la loi nouvelle n'a pas privé le créancier d'un droit acquis. C'est ce qu'on lit dans tous les livres, et que je ne fais qu'exposer en passant (2).

629. *Quid* si aucun des créanciers du mari n'eût pris inscription sous l'empire de la loi de brumaire, ni à la promulgation du Code Napoléon, et que la femme eût montré la même négligence?

Comme le Code Napoléon a dispensé de l'inscription les hypothèques de toutes les femmes mariées à quelque époque que ce soit, même de celles mariées avant sa promulgation, il s'ensuivrait que par le Code Napoléon, la femme aurait une hypothèque légale dispensée d'inscription à compter du jour du mariage, et qu'elle primerait tous les créanciers du mari postérieurs au mariage et

(1) V. arrêt de Grenoble du 30 juin 1825 (Dall., 25, 2, 182).

(2) Arrêt de Paris du 19 août 1808 (Dalloz, Hyp., p. 418 et 128). Grenier, t. 1, p. 508. Cassat., 16 juillet 1817 (Dalloz, Hyp., p. 129).

non inscrits avant la promulgation du Code Napoléon. Ces créanciers ne pourraient s'en plaindre. Ils n'avaient pas de droit acquis (1), et la promulgation du Code Napoléon aurait valu inscription pour la femme.

630. En ce qui touche les femmes elles-mêmes, on demande si, lorsqu'une femme s'est mariée sous une loi ou une coutume qui lui assure une hypothèque *du jour du mariage* pour l'indemnité des dettes et le remploi des propres aliénés, on doit néanmoins lui appliquer l'art 2135 du Code Napoléon, lorsque, postérieurement à la promulgation de cet article, son mari aliène ses propres, et lui fait contracter des dettes.

La section des requêtes avait d'abord adopté l'opinion que l'hypothèque ne pouvait dater du jour du mariage. Car, disait-elle, la femme qui ne s'est pas inscrite sous le régime de la loi de l'an VII, ne peut invoquer que l'article 2135 du Code Napoléon. Or, en adoptant cet article, elle ne peut le diviser. Il faut donc qu'en profitant d'une part des dispositions qui la dispensent de l'inscription, elle accepte de l'autre celles qui ne placent l'hypothèque qu'à la date des aliénations et des dettes contractées (2).

Mais ce système a été depuis abandonné par elle, et la section civile a jugé par trois arrêts que, bien que les dettes aient été contractées par la femme depuis le Code Napoléon, néanmoins elle devait avoir hypothèque à la date de son mariage, si elle s'était mariée sous un statut qui la reportât à cette époque (3).

(1) Tarrible, Répert., Inscript. hyp., § 3, n° 12. Chabot, Quest. transit., t. 2, p. 61 et suiv. Grenier, t. 1, n° 510. Bruxelles, 24 décembre 1806; Colmar, 31 août 1811; Cassat., 8 novembre 1809 et 12 mars 1811 (Dalloz, Hypoth., p. 128 et 160); Paris, 25 février 1831 (Sirey, 31, 2, 184).

(2) Arrêt du 7 mai 1816 (Dalloz, Hyp., p. 130).

(3) 10 février 1817 (Dalloz, Hyp., p. 131); 10 janvier 1827 (Dalloz, 27, 1, 113); 26 février 1829 (Dalloz, 29, 1, 161). — *Junge* Cass., 26 janvier 1836 (Sirey, 36, 1, 99); et 12 août 1834 (Sirey, 34, 1, 693).

C'est aussi ce qu'ont jugé un arrêt de Metz du 18 juillet 1820 (1), et un arrêt de la cour de Colmar du 14 mai 1821 (2).

Cette jurisprudence, quoique combattue par M. Grenier (3), me paraît préférable.

En effet, les droits qui résultent d'un contrat de mariage, et même de tout contrat quelconque, sont hors des atteintes de la loi postérieure, quand même ils ne seraient *qu'éventuels* (4). Peu importe que les stipulations matrimoniales soient écrites ou résultent de la force de la loi. Les parties sont censées avoir adopté tout ce que porte la loi (5).

Or, par l'effet de son mariage, la femme a eu la promesse qu'elle aurait une hypothèque dès le jour du contrat pour indemnité de dettes et remploi de propres aliénés. C'était une des garanties qui lui étaient offertes, et sur lesquelles elle a dû compter. Il y avait donc pour elle un droit acquis.

On objecte que l'art. 2135 ne doit pas se scinder. Mais c'est une subtilité. L'art. 2135 et la loi de l'an VII n'ont pas entendu toucher au fond des *droits acquis* aux femmes mariées; elles ont pu les soumettre à quelques conditions accessoires, comme l'inscription, puis les en dispenser. Mais elles n'ont pas voulu revenir sur des clauses et des stipulations formant des droits acquis.

Il suit de là que l'art. 2135 n'a parlé que pour les *mariages à venir*, quand il a parlé de *la date de l'hypothèque* du remploi et de l'indemnité des dettes. Quant

(1) Dalloz, Hyp., p. 131.
(2) Denev., 22, 2, 43. M. Dalloz cite cet arrêt, mais n'en donne pas le texte. Hyp., p. 131, n° 1. — *Junge* Lyon, 11 avril 1823 (Sirey, 24, 2, 121); Rouen, 19 mars 1835 (Sirey, 35, 2, 276); Paris, 26 mars 1836 (Sirey, 36, 2, 209); Poitiers, 18 juin 1838 (Sirey, 38, 2, 442).
(3) T. 1, p. 513 et suiv.
(4) Merlin, Répert., t. 16. Effet rétr., p. 253, col. 1.
(5) Pothier, Communauté, n° 10.

à la dispense d'inscription, elle s'applique à la vérité aux mariages contractés avant le Code. Mais ce n'est pas là un effet rétroactif; c'est un effet de la loi qui laisse l'avenir intact, qui opère actuellement, et qui d'ailleurs ne peut nuire aux droits des tiers, comme on l'a vu ci-dessus (1). Cet avis est aussi embrassé par M. Dalloz (2).

631. *Quid* s'il s'agit de successions échues à la femme?

M. Grenier pense que dans ce cas l'hypothèque de la femme doit remonter au jour du mariage, bien que la succession soit échue à la femme après la publication du Code Napoléon. Cet auteur se concilie avec lui-même en disant que dans ce cas il s'agit exclusivement d'un droit *éventuel* qui n'a rien de *potestatif*, tandis que dans l'hypothèse précédente, le mari ou la femme sont libres de vendre ou de contracter des dettes (3).

Mon opinion, pour être d'accord avec elle-même, n'a pas besoin de ces distinctions subtiles, je dirai même mal fondées. Il ne s'agit pas de savoir si la femme s'appuie sur une condition potestative ou non : il s'agit de savoir quel droit acquis elle avait, lors de son mariage, par l'effet de cette condition.

631 *bis*. La femme que le Code Napoléon a trouvée veuve n'a pas pu profiter de la dispense d'inscription portée par notre article. Ce n'est pas pour les femmes affranchies de la puissance conjugale que le Code a parlé; c'est pour celles qui sont *mariées*, comme le dit l'art. 2121 (4).

(1) N° 629.
(2) Hyp., p. 125. — *Junge* MM. Tessier, t. 2, n° 134; et Duranton, t. 19, n° 297.
(3) T. 1, p. 517, n° 242.
(4) Répert., t. 15, p. 596. Arrêt de cassat. du 7 avril 1813 (Dalloz, Hyp., p. 125); arrêt de cassat. du 9 novembre 1813 (*idem*); Cassat., 5 décembre 1814 (Sirey, 15, 1, 223); Cass., 20 mai 1817 (Sirey, 17, 1, 250); Grenoble, 2 juin 1831 et

De même si le mariage était dissous avant le Code Napoléon par la mort de la femme, ses représentants n'ont pu se prévaloir de l'art. 2135 (1).

On a demandé si l'art. 2135 profitait à la femme séparée de biens avant le Code Napoléon. La cour d'Aix a décidé la négative, par arrêt du 1er février 1811 (2), par le motif que, s'agissant d'une femme régie par les lois du pays de droit écrit, l'autorité maritale ne l'atteignait pas, à raison de sa séparation.

Cette décision est insoutenable.

L'art. 2135, combiné avec l'art. 2121, prouve qu'il suffit qu'une femme soit *mariée*, bien que séparée de biens et *même de corps*, pour jouir de la dispense d'inscription.

De plus, si, avant le Code Napoléon, la femme était, en pays de droit écrit, affranchie de la puissance maritale pour ses paraphernaux, elle s'y est trouvée soumise, *malgré sa séparation*, par les art. 217 et 1449 de ce Code (3). L'obliger à prendre inscription d'après ces dispositions, c'était se mettre en contradiction avec les motifs de la loi que la cour d'Aix invoquait elle-même lorsqu'elle disait : « Considérant que l'art. 2135 ne peut » s'appliquer qu'aux femmes en puissance de mari, » puisque, d'après les motifs de l'orateur du gouvernement, les femmes sont *dans l'impuissance d'agir*, et » qu'on ne doit pas les punir quand il n'y a pas faute de » leur part. »

Or, c'est précisément d'une femme en puissance de

30 juin 1838 (Sirey, 32, 2, 622, et 39, 2, 106). — *Sic* MM. Grenier, t. 1, n° 238; Tessier, t. 2, n° 138, lettre B; Duranton, t. 19, n° 293.

(1) Cass., 7 août 1813 (*loc. cit.*); Grenoble, 28 janvier 1818 (Dalloz, Hyp., p. 127); arrêt de Bastia du 3 avril 1837 (Dalloz, 37, 2, 109).

(2) Dalloz, Hyp., p. 126, note.

(3) C'est là un point certain.

mari que la cour d'Aix avait à s'occuper. Elle devait donc arriver à un résultat tout opposé à celui auquel aboutit son arrêt.

ARTICLE 2136.

Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels, contraignables par corps.

SOMMAIRE.

632. Obligation des maris de faire inscrire l'hypothèque légale qui grève leurs biens. *Idem* quant aux tuteurs.
632 *bis*. Peine de stellionat contre eux. Dans quel cas.
633. 1° Du cas d'hypothèque conventionnelle accordée par le tuteur et le mari.
633 *bis*. 2° Du cas d'hypothèques légales ou judiciaires, et de privilége. Grande erreur de notre article.

COMMENTAIRE.

632. Comme je l'ai dit plus haut, l'hypothèque légale

des femmes et des mineurs n'est pas absolument dispensée d'inscription (1) ; ce n'est que dans l'intérêt des femmes et des mineurs que cette dispense d'inscription a été introduite ; en sorte que le défaut d'inscription ne peut jamais leur être opposé, que lorsqu'ils ont été mis en demeure de s'inscrire par les formalités nécessaires à la purgation des hypothèques légales.

Mais, avant ce temps, la loi a voulu que les maris et tuteurs fissent connaître, par la voie de l'inscription, les hypothèques légales qui grèvent leurs biens. Elle exige qu'ils requièrent ces inscriptions sans *aucun délai* (2).

632 *bis*. Si les tuteurs et maris ont omis de prendre ces inscriptions, et qu'ils consentent ensuite des hypothèques sur leurs biens, sans déclarer *expressément* les hypothèques légales dont ils sont grevés, ils sont réputés stellionataires.

Mais ceci demande quelques explications.

633. 1° En ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, notre article ne présente aucun embarras. Son texte est clair. Le mari et le tuteur qui accordent hypothèque sur leurs biens, sans déclarer expressément la charge dont ils sont grevés au profit des femmes ou des mineurs, encourent la peine du stellionat.

Mais remarquez que cette déclaration expresse n'est nécessaire qu'autant que l'hypothèque de la femme ou du mineur n'a pas été rendue publique par l'inscription (3).

Maintenant deux questions sont à examiner :

Le mari échappe-t-il à la peine du stellionat s'il a été de bonne foi ? On sent qu'en cela il faut peser les circonstances.

. Par exemple : Si le mari déclarait que le bien qu'il hypothèque *est exempt de dettes et d'hypothèque*, il pour-

(1) N° 571.

(2) Mais aux frais de qui sont les inscriptions ? Voyez *infrà*, t. 3, n° 730 *bis*.

(3) *Junge*. Mon Comment. sur la contrainte par corps, n° 69.

rait rarement exciper de sa bonne foi. Car comment un mari ignorerait-il que l'hypothèque de sa femme pèse sur ses immeubles (1)?

Toutefois, si le mari faisait une pareille déclaration parce qu'il aurait juste sujet de croire que l'hypothèque de sa femme aurait été détachée de l'immeuble en question, par suite d'une réduction, quoique plus tard cette réduction eût été déclarée nulle, il y aurait bonne foi; et dans un cas pareil, la Cour de cassation a décidé qu'il n'y aurait pas stellionat (2).

Concluons donc que tout dépend des circonstances, et que s'il y a *bonne foi* de la part du mari, qui croyait l'immeuble libre, notre article sera inapplicable. Mais encore une fois, cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Seconde question : La déclaration *expresse* du mari ou du tuteur exigée par notre article, pourrait-elle être suppléée par les circonstances?

Par exemple, pourra-t-on se prévaloir de ce que le mari ou le tuteur ont déclaré leur qualité, ou de ce que celui avec qui ils ont contracté savait qu'il y avait hypothèque préexistante de la femme ou du mineur sur l'immeuble qui a fait l'objet de la convention?

M. Persil, et après lui M. Dalloz, ne veulent admettre

(1) Arrêt portant cassation, du 29 novembre 1826. Dall., 27, 1, 60).

(2) Arrêt du 21 février 1827. Dalloz, 27, 1, 144.

D'après cela la cour de Paris n'aurait-elle pas été trop loin en disant, dans un arrêt du 27 novembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 80 ; Sirey, 36, 2, 164), que, dans le cas prévu par notre article, l'exception de bonne foi n'est jamais admissible ? Je fais remarquer cependant que je n'entends pas critiquer, par cette observation, le dispositif de l'arrêt de cette cour, car les arrêtistes ont omis d'en faire connaître l'espèce, et il serait possible qu'au fond la cour eût traité le mari avec la sévérité qu'il méritait; mais les motifs sur lesquels cette décision s'appuie me paraissent avoir une portée qui dépasse le but. V. aussi Bordeaux, 15 mars 1833 (Sirey, 33, 2, 364). Douai, 20 mars 1851 (Sirey, 53, 2, 270).

aucun équipollent, et c'est ce qu'a jugé la cour de Limoges, par arrêt du 18 avril 1828, dans une espèce où le mari avait pris cette qualité de mari dans l'acte contenant constitution de l'hypothèque, et où le créancier savait si bien que son débiteur était marié, qu'il avait assisté comme témoin à son contrat de mariage (1). Une décision semblable est émanée de la cour de Poitiers, à la date du 29 décembre 1830 (2).

Ces solutions, quoique rigoureuses, sont conformes au texte de notre article, qui a voulu s'armer de sévérité contre les maris ou les tuteurs qui n'ont pas pris d'inscription pour leurs épouses ou leurs pupilles, et qui ne suppléent pas à ce défaut d'inscription par des déclarations *expresses* : de même que l'inscription ne peut être remplacée par des équipollents dans le cas où elle est requise, de même, ici, les déclarations qui en tiennent lieu au regard des tiers doivent être *formelles*, et ne peuvent être remplacées par des inductions (3).

633 *bis*. 2° Je viens de parler des hypothèques résultant de la convention.

Voyons ce qui est relatif aux hypothèques légales et judiciaires, et aux priviléges qui sont établis sur les biens des maris ou des tuteurs.

C'est ici qu'on aperçoit avec évidence les défectuosités de rédaction de notre article. En effet, le mari ou le tuteur ont-ils omis de faire à un créancier ayant un *privilége* la déclaration *expresse* que leurs biens sont grevés d'hypothèques légales? Mais où est le dommage? Le privilége prime l'hypothèque.

Le mari et le tuteur ont-ils omis de faire cette même

(1) Dalloz, 29, 2, 93.
(2) Dalloz, 31, 2, 34.
(3) Il a été jugé néanmoins qu'il n'y a pas stellionat si le créancier a réellement connaissance de l'hypothèque légale non déclarée, et si de plus, l'hypothèque conventionnelle a été constituée de la manière et dans les termes exigés par lui. Cass., 26 juin 1844 (Sirey, 45, 1, 77).

déclaration lorsqu'ils sont, par exemple, investis, de la part du gouvernement, d'une gestion de deniers entraînant hypothèque légale? —Mais cette hypothèque légale a lieu sans conventions. Dans quel lieu, dans quel moment, dans quelle forme feront-ils leur déclaration? La loi n'en dit pas un mot.

Ce que je viens de dire de l'hypothèque légale s'applique au cas d'hypothèque judiciaire (1).

De tout ceci il faut conclure que notre article ne trouve son application que dans le cas d'hypothèque conventionnelle (2); qu'aucune obligation n'est imposée aux maris et tuteurs dans le cas d'hypothèques légales et dans le cas de priviléges (3).

Enfin, que veut dire le législateur quand il parle de *consentir un privilége?* Est ce qu'on consent un privilége? N'est-ce pas la loi qui le donne?

Article 2137.

Les subrogés tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions.

SOMMAIRE.

633 *ter*. La responsabilité du subrogé tuteur est encourue à l'égard des tiers.

(1) Tarrible, Inscript., p. 208, col. 2, Dalloz, Hyp., p. 223.

(2) Voyez l'art. 2194.

(3) Mais l'art. 2136 n'est-il applicable qu'au cas de constitution d'hypothèque? Peut-on l'étendre au cas de vente de la chose? V. mon Comment. sur la contrainte par corps, n° 71.

COMMENTAIRE.

633 *ter*. Envers qui le subrogé tuteur sera-t-il passible de dommages et intérêts? Ce n'est pas certainement envers le mineur, qui ne souffre jamais du défaut d'inscription; c'est donc envers les tiers que l'absence d'inscription aurait pu induire en erreur (1).

ARTICLE 2138.

A défaut par les maris, tuteurs et subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents, elles seront requises par le procureur impérial près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens.

ARTICLE 2139.

Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites inscriptions; elles pourront aussi être requises par la femme ou par les mineurs.

(1) Du reste, la responsabilité créée par cet article contre le subrogé tuteur ne s'étend pas au cas de non inscription de l'hypothèque légale appartenant au mineur, du chef de sa mère, sur les biens de son père tuteur. Douai, 18 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 289).

SOMMAIRE.

634. Appel fait à tous ceux qui s'intéressent à la femme.

COMMENTAIRE.

634. On voit, par les trois articles précédents, l'importance que la loi attache à l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. C'est en faisant un appel à tous ceux qui peuvent prendre intérêt à leurs droits, qu'elle croit assurer la publicité de l'hypothèque légale des femmes. Mais tous ces moyens sont inefficaces; il n'est pas un procureur impérial qui songe à l'exécution de l'art. 2138 (1); les parents et les amis (2) ne sont pas plus diligents ; et les femmes et les mineurs, qui n'ont presque aucun intérêt à ce que leurs droits d'hypothèque soient inscrits, ne justifient que trop bien le principe qui les considère comme incapables d'agir.

ARTICLE 2140.

Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour

(1) V. *infrà*, n° 644, les dangers de cette incurie.

(2) Du reste, l'art. 2139, par sa contexture, indique qu'en parlant des *amis*, il fait appel à ceux du mineur; et il a été décidé que les *amis* de la femme n'ont pas le droit, comme ceux du mineur, de requérir inscription en son nom sur les biens du mari pour la conservation de son hypothèque légale. Caen, 8 mai 1839 (Sirey, 39, 2,329).

l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme, et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.

SOMMAIRE.

635. But de notre article en permettant de ramener l'hypothèque générale de la femme à une hypothèque spéciale.

635 *bis*. La femme peut-elle, par contrat de mariage, renoncer d'une manière absolue, en faveur de son mari, à son hypothèque légale? Droit romain. Ancienne jurisprudence.

636. *Quid* par le Code Napoléon?

637. Pourquoi elle peut renoncer *partiellement*, en faveur de son mari, à son hypothèque légale.

637 *bis*. Il faut nécessairement que la femme qui convertit son hypothèque générale en hypothèque spéciale, soit majeure.

638. Il ne faut pas présumer facilement une renonciation partielle.

COMMENTAIRE.

635. Notre article a pour but de ramener l'hypothèque des femmes à la spécialité, toutes les fois que leurs intérêts n'y sont pas opposés. L'une des principales bases de notre système hypothécaire est la spécialité. Ce n'est que par de grands motifs de faveur que la loi s'en est écartée à l'égard des femmes mariées et des mineurs; ici, elle cherche à s'en rapprocher; elle fait un appel à la spécialité lorsque le mari présente à sa femme des garanties suffisantes.

J'examinerai ici :

1° Si la femme peut renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale en faveur de son mari;

2° Comment il est dans les principes du droit qu'elle

puisse, par contrat de mariage, limiter son hypothèque légale, et la réduire à une hypothèque spéciale ;

3° Si la femme doit être nécessairement majeure pour consentir à cette limitation.

635 *bis*. La femme peut-elle renoncer, en faveur *de son mari*, à son hypothèque légale?

Je dis en faveur de son mari, parce que j'ai traité ci-dessus (1) la question de savoir si elle peut renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un tiers créancier, et l'on a vu par mes distinctions, qu'en ce qui concerne un tiers, la femme peut renoncer à son hypothèque pour le tout, lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté, et en tant qu'il n'en résulte pas de préjudice pour sa dot, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal.

Voyons maintenant ce qui doit avoir lieu lorsque la renonciation se fait en faveur du mari. On sent qu'ici de nouvelles considérations se présentent, et que la loi a dû se tenir en garde contre l'influence du mari sur l'esprit de sa femme.

Je remonte aux lois romaines.

La loi 18 au D. *Quæ in fraud. creditor. facta sunt* semble permettre à la femme de faire remise au mari du gage qu'il lui a donné pour sûreté d'une créance, et Cujas, dans son Commentaire sur cette loi, l'étend même au cas où ce gage aurait été donné pour sûreté de la dot. « Idque ex eo apparet quòd remissio pignoris consistit » inter virum et uxorem ; ut putà, si viro uxor remittat » pignus dotis aut crediti causâ constitutum, remissio » valet : donatio non valeret (2). »

La loi 11 C. *Ad. S. C. Vellejan.*, porte également : « Etiam constante matrimonio, jus hypothecarum seu » pignorum marito remitti posse explorati juris est (3). »

(1) N° 596.
(2) *Quæst. Papini.*, lib. 26, sur la loi 18 précitée.
(3) Pand. de Pothier, t. 1, p. 441, n° 19.

En interprétant cette loi, la glose en fait l'application à l'hypothèque légale dont je m'occupe. De plus, Cujas dit : (1) « Excluduntur etiam à tacitâ hypothecâ mulieres » quæ marito remiserunt hypothecam..... igitur remis- » sioni pignoris nihil est impedimento factæ à muliere.» Même langage dans la bouche de Zæzius (2) et de Perezius (3).

Mais que conclura-t-on de là? que la femme pouvait, d'une manière absolue, renoncer à son hypothèque légale en faveur de son mari?

Ce serait une erreur! les lois et les autorités que je viens de citer posent ce principe : *C'est qu'il n'est pas défendu à une femme de renoncer à son hypothèque en faveur de son mari*. Maintenant voici dans quelles limites.

La femme ne peut renoncer à son hypothèque en faveur de son mari, qu'autant qu'il reste à ce dernier assez de biens pour répondre de la dot et des conventions matrimoniales. Sans cela, la loi *Etiam* eût été en contradiction avec d'autres lois (4), qui défendaient qu'une femme pût empirer sa condition et devenir *indotata* ou *minus dotata* (5). Je citerai le passage suivant. extrait du Code du président Fabre (6).

Dans le cas dont parle ce jurisconsulte, une femme s'était présentée devant le sénat de Chambéry avec son mari Titius surchargé de dettes, et avait demandé qu'il lui fût permis de renoncer à son hypothèque légale, afin que Titius pût trouver plus facilement des acquéreurs de ses

(1) Récit. solenn. sur la loi unic. C. *De rei uxor act.*, § *Ut plenius.*
(2) *Ad. S. C. Vellej.*, n° 13.
(3) Même titre, n° 9.
(4) L. 17, Dig. *De pact. dotal.* Pothier, t. 2, Pand., p. 30, note.
(5) Bartole, sur la loi 11 *Jubemus ad S. C. Vellej.* Fontanella, *De pactis dotalibus*, claus. 4, glose 9, part. 5, n° 186. Trentacinquius, *variar. resolut.*, vol. 1, lib. 3, *De jure dot.*, *res.* 5.
(6) *Ad. S. C. Vellej.*, lib. 4, déf. 2.

biens. Il était constant que cette proposition eût mis la dot en danger si on l'eût adoptée. « Non putavit senatus » id mulieri concedendum, quæ *maritalibus delinimentis* » aut minis coacta, non satis sibi caverat, sed ex juris ra- » tione omnia æstimanda, quæ non aliter renuntiationes » ejusmodi ratas habet, quàm si alia supersint bona ma- » rito, ex quibus uxori quandocùmque dotem repetenti » satisfieri possit. »

On voit que ces doctrines décident la question, tant relativement à la renonciation par contrat de mariage qu'à la renonciation faite *constante matrimonio*. Je n'ai pas voulu diviser les autorités, quoique je n'aie à m'occuper maintenant que de la renonciation faite par contrat de mariage; mais les principes que j'ai posés nous seront d'une grande utilité quand je commenterai l'article 2144.

Dans l'ancien droit français, il était non moins constant que la femme, même commune en biens, ne pouvait, par contrat de mariage ni autrement, renoncer d'une manière illimitée à son hypothèque légale (1).

636. C'est de ces idées qu'est parti notre article pour prohiber toute convention par laquelle il ne serait pris aucune inscription.

Du reste, ce ne fut pas sans effort qu'on obtint au conseil d'Etat l'adoption du principe, que la femme ne peut renoncer à son hypothèque, d'une manière absolue, par son contrat de mariage. Un parti considérable, dont M. Treilhard était le chef, voulait que les immeubles du mari pussent être affranchis en totalité; mais cette opinion échoua devant les raisons données par le premier consul, par Cambacérès, par Tronchet (2) ; le premier consul observait avec raison que les renonciations

(1) C'est ce que disait M. Tronchet au conseil d'État. Conf., t. 7, p. 195, et Fenet, t. 15, p. 367 et suiv.

(2) Conf., t. 7, sur l'art. 2140.

deviendraient de style, et que les femmes seraient privées de leurs garanties.

Ainsi, par contrat de mariage, une femme ne peut, en aucune manière, renoncer *pour le tout* à son hypothèque légale (1).

637. Mais elle peut consentir à ce que son hypothèque générale soit convertie en une hypothèque spéciale, et la restreindre aux immeubles nécessaires pour garantir sa dot, sans empêcher son mari de faire, avec des tiers que l'hypothèque légale épouvanterait, des traités avantageux.

La limitation de l'hypothèque légale est bien loin d'avoir les mêmes inconvénients qu'une renonciation absolue. Celle-ci met la dot en danger, celle-là ne lui fait perdre aucun de ses droits; elle a de plus l'avantage de ne point gêner le mari dans ses facultés.

Aussi tous les auteurs qui ont écrit d'après le droit romain se sont-ils accordés à dire que la femme pouvait, par son contrat de mariage, renoncer à l'hypothèque légale et générale, pour prendre une hypothèque spéciale. « Ubi conventionalis est hypotheca, » supervacua est legitima, » dit Cujas sur la loi C. *De rei. uxor. act.* (2).

Mais cela avait-il lieu dans l'ancienne jurisprudence française, où tous les contrats authentiques portaient de plein droit hypothèque générale et tacite ?

On ne voit pas beaucoup d'exemples de conventions par lesquelles des femmes auraient renoncé à leur hypothèque générale pour en prendre de spéciales. Mais on arrivait au même résultat en stipulant dans les contrats de mariage que le mari pourrait aliéner librement une partie de ses immeubles (3).

(1) Répert., Inscrip., p. 210, et Transcript., p. 118. *Junge* mon Commentaire sur le Contrat de mariage, t. 1, n° 272.

(2) *Junge* Favre, C. lib. 5, t. 8, déf. 3 et 23. M. Treilhard, Discours, conf., t. 7, p. 76, 77.

(3) V. cependant M. Chabot, *Quest. trans.*, Hyp., § 1.

Notre article, comme on le voit, autorise expressément cette limitation de l'hypothèque générale de la femme (1).

C'est là une disposition utile, et dont il serait à désirer que les futurs fissent plus souvent usage, quand la fortune du mari est assez considérable (2).

(1) *Suprà*, n° 635.

(2) L'utilité de cette disposition devrait même conduire à laisser quelque latitude dans l'application. Ainsi, je comprendrais que des futurs époux, en restreignant dans leur contrat de mariage l'hypothèque légale de la future épouse à certains des immeubles du mari spécialement désignés, fussent autorisés à stipuler que cette hypothèque pourrait être transportée, avec le consentement de la femme, sur d'autres immeubles du mari, moyennant quoi, les immeubles primitivement affectés à l'hypothèque légale en demeureraient affranchis. Et c'est en ce sens que s'était prononcée la cour de Grenoble par arrêt du 12 mars 1849 (Sirey, 1849, 2, 385). Mais cet arrêt ayant été déféré à la censure de la Cour de cassation, cette cour en a prononcé la cassation en jugeant, au contraire, que le droit concédé aux époux par l'art. 2140 du Code Napoléon de restreindre, par leur contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme à certains immeubles, est exclusif du droit de stipuler que l'hypothèque légale, ainsi restreinte, pourra, pendant le mariage, être transportée, d'un commun accord entre les époux, des immeubles sur lesquels elle a été assignée sur d'autres immeubles ; et en conséquence que nonobstant le transport fait en vertu de cette stipulation, l'hypothèque légale ne peut être opposée aux créanciers inscrits sur les immeubles sur lesquels cette hypothèque a été transportée. Arrêt du 5 mai 1852 (Sirey, 52, 1, 289). Je trouve, pour ma part, quelque rigueur dans cette interprétation de la loi, et je ne m'étonne pas que l'arrêt n'ait été rendu qu'après un assez long délibéré. Je ne suis pas touché, d'ailleurs, de cette considération mise en avant par l'arrêt que « les termes de l'art. 2140 » défendent virtuellement aux époux de stipuler, même par leur » contrat de mariage, que les immeubles affranchis par ce contrat » de l'hypothèque légale de la femme pourront être replacés sous » cette hypothèque, par l'effet d'une convention intervenue ultérieurement entre les époux, et qui substituerait, pour l'exer» cice de cette hypothèque, aux immeubles désignés dans le con» trat, quelques-uns des immeubles d'abord affranchis et non » désignés dans ledit contrat ; que les dispositions de l'art. 2140

637 *bis*. Mais pour que les parties puissent, par contrat de mariage, convertir l'hypothèque générale en hypothèque spéciale, il faut qu'elles soient *majeures ;* c'est une condition requise par notre article (1).

Convenons cependant qu'on ne comprend pas facilement les motifs qui ont pu porter le législateur à l'exiger. Pourquoi en effet n'appliquerait-on pas à la femme mineure, qui en se mariant veut spécialiser son hypothèque, les dispositions des art. 1039 et 1398 du Code Napoléon? Qu'y a-t-il dans cette clause du plus exorbitant que dans tant d'autres que des mineurs insèrent

» sont prohibitives de telles conventions par l'effet desquelles la » femme, pendant le mariage, alors qu'elle est sous la puis- » sance de son mari, pourrait, hors de la surveillance de sa fa- » mille et de la justice, compromettre sa dot et ses droits les » plus importants et les plus précieux.... » Il me semble qu'en faisant appel au concours de la justice et de la famille, la Cour a confondu deux situations fort distinctes, celle que prévoit l'article 2144, auquel je vais bientôt arriver, et celle qui est régie par l'art. 2140, dont je m'occupe en ce moment. Que dans le premier cas, le concours de la famille et celui de la justice aient paru nécessaires au législateur, je le comprends, puisqu'il s'agit alors de restreindre, au cours du mariage, une hypothèque à laquelle le silence du contrat avait laissé son caractère de généralité. Mais lorsque la restriction est opérée par le contrat lui-même, comme dans le cas dont il s'agit ici, les mêmes précautions ne me paraissent plus nécessaires dès qu'il ne s'agit que de substituer, en vertu des stipulations du contrat de mariage, aux immeubles primitivement désignés, d'autres immeubles qui primitivement se trouvaient virtuellement affranchis. Toute la question est de savoir si les époux ont pu se réserver, par leur contrat de mariage, la faculté de faire une telle substitution. Or, j'avoue que je ne vois rien de prohibitif, à cet égard, dans l'art. 2140, et dès que les époux peuvent, d'après cet article, stipuler la réduction purement et simplement, je ne vois pas pourquoi ils ne pourraient pas la stipuler d'une manière conditionnelle, c'est-à-dire avec la faculté de reporter l'hypothèque sur d'autres immeubles que ceux primitivement désignés.

(1) Arrêt de la Cour de cass. du 19 juillet 1820. Dal., Hyp., p. 437. Grenier, t. 1, p. 396. Tarrible, Répert., v° Inscrip.

dans leurs contrats de mariage, lorsqu'ils sont assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage? Aussi la cour de Paris a-t-elle jugé, par arrêt du 10 août 1815 (1), que notre article s'applique aux parties *mineures* comme aux parties *majeures*. Mais c'était corriger la loi au lieu de l'exécuter (2). Dans la première rédaction de l'art. 2140, on permettait aux *mineurs comme aux majeurs* de réduire l'hypothèque légale, *ou même d'en affranchir tout à fait les immeubles du mari*. La pluralité des membres du conseil se souleva contre cette dernière idée, et la trouva aussi pernicieuse pour la femme majeure que pour la femme mineure (3). Le consul Cambacérès proposa alors d'autoriser seulement la conversion de l'hypothèque générale en hypothèque spéciale, et dans sa rédaction il introduisit le mot *majeures* qui ne se trouvait pas dans la rédaction primitive, évidemment dans le but de limiter aux seules parties *majeures* la faculté de réduire l'hypothèque générale. C'est ce qui fut adopté. Il faut donc s'en tenir à la loi, parce qu'elle est formelle. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a un vice dans cette sévérité à l'égard des mineurs. Observons néanmoins qu'on peut en partie y remédier par l'art. 2144.

638. La stipulation d'affranchissement partiel doit être formelle; car nul n'est censé renoncer à ses droits. Il ne faudrait pas présumer facilement que la femme eût voulu se dépouiller d'une partie importante de ses droits (4).

(1) Dalloz, Hyp., p. 438.

(2) Aussi la jurisprudence s'est-elle prononcée dans un sens opposé à celui de l'arrêt de Paris. Cassat., 19 juillet 1820 (Sirey, 20, 1, 356). Caen, 15 juillet 1836 (Sirey, 37, 2, 229). Lyon, 30 mai 1844 (Sirey, 44, 2, 449). Grenoble, 25 août 1847 (Sirey 48, 2, 301).

(3) Malleville, Cambacérès (Conf., t. 7, p. 186 et suiv.).

(4) Favre, C. *loc. cit.* Déf. 2 et 23 Paris, 29 mai 1819. Dalloz, Hyp., p. 440, n° 4.

Ainsi, par cela seul qu'une femme aurait stipulé une hypothèque spéciale sur un immeuble, il ne faudrait pas inférer de là qu'elle a voulu renoncer à son hypothèque générale; car l'hypothèque spéciale n'est pas censée déroger à l'hypothèque générale (1).

Je parlerai sous l'art. 2144 de la limitation apportée à la femme dans ses droits hypothécaires pendant le mariage.

Art. 2141.

Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription que sur certains immeubles.

V. le commentaire sur l'article ci-dessus.

Art. 2142.

Dans le cas des deux articles précédents, le mari, le tuteur et le subrogé tuteur ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués.

V. les dispositions des art. 2136 et 2137, d'où découle l'obligation imposée au mari, au tuteur et au subrogé tuteur de prendre inscription. Leur responsabilité est la même dans le cas où l'hypothèque a été spécialisée.

Nous venons de parler de la réduction de l'hypothèque générale opérée soit par l'acte de nomination du tuteur, soit par le contrat de mariage. Les dispositions qui vont suivre nous montreront ce qui concerne la restriction des hypothèques des mineurs et des femmes pendant la tutelle et pendant le mariage.

(1) Favre, *loc. cit.*, et surtout déf. 23.

ART. 2143.

Lorsque l'hypothèque légale n'aura pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excèderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur.

La demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra être précédée d'un avis de famille.

SOMMAIRE.

638 *bis*. De la restriction de l'hypothèque générale sur les biens du tuteur. De l'action du tuteur pour obtenir cet affranchissement partiel.

COMMENTAIRE.

638 *bis*. Cet article porte une exception remarquable au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Quoique l'hypothèque du mineur frappe sur tous les biens du tuteur, cependant celui-ci peut, lorsqu'il y a surabondance de garantie pour le mineur, demander en justice que l'hypothèque générale soit restreinte (1).

(1) V. mon Comment. de l'Échange, n° 22, où j'invoque la restriction de l'hypothèque autorisée par cet article et le suivant, à l'appui de l'opinion que l'existence d'une hypothèque sur l'immeuble reçu par le copermutant n'est pas en elle-même une cause de résolution.

La demande, à cet effet, doit être dirigée contre le subrogé tuteur, qui est chargé de représenter le mineur et de défendre ses intérêts lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Comme le mineur n'est pas capable de donner un consentement, il faut que celui qui veille pour lui soit appelé pour contredire à la prétention du tuteur, afin que celui-ci ne reste pas maître d'enlever au pupille ses plus précieuses garanties. On voit du reste de combien de précautions la loi a environné le mineur, afin que les artifices du tuteur ne le dépouillent pas de son hypothèque. D'abord le conseil de famille, composé suivant les règles ordinaires, doit se réunir et donner son avis sur l'opportunité de la demande formée par le tuteur. Suivant M. Tarrible, cet avis doit être favorable (1). Je ne crois pas cependant que cette condition puisse être exigée d'une manière absolue (2). Notre article ne l'exige pas, et il serait imprudent de se montrer plus sévère que le législateur. Le conseil peut être animé par la passion ; il peut avoir un système d'hostilité contre le tuteur. Il ne faut pas que de petites jalousies de famille paralysent le crédit du tuteur qui offre des garanties réelles de bonne gestion et de solvabilité.

Lorsque cet avis est donné, le tuteur doit diriger sa demande contre le subrogé tuteur. C'est une véritable demande en justice que la loi exige, demande contentieuse qui s'introduit par assignation et non par simple requête, et sur laquelle il est du devoir du subrogé tuteur de s'expliquer avec franchise et sans ménagement (3).

La cause étant ainsi mise en état, le tribunal prononce après avoir entendu le ministère public, nouveau con-

(1) Répert., Inscr., p. 211, col. 2.

(2) Voyez *infrà*, n° 642 *bis*.

(3) Arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1834 (Dalloz, 34, 1, 205). Paris, 11 juin 1834 (Sirey, 34, 2, 386). V. *infrà*, n° 644.

tradicteur que la loi donne au tuteur. Nous verrons d'une manière plus particulière sous l'art. 2145 quels sont les devoirs du procureur impérial, et quel est le caractère du jugement rendu par le tribunal (1).

ARTICLE 2144.

Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous les immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

SOMMAIRE.

639. La renonciation absolue à l'hypothèque légale, *constante matrimonio*, est défendue à la femme; mais la femme peut la limiter. Il faut pour cela un avis des quatre parents. De plus un jugement.

640. La faculté de limiter son hypothèque légale appartient à la femme mariée *sous le régime dotal*.

641. Si la femme peut être contrainte à renoncer malgré elle à une portion de son hypothèque légale? Arrêt de la cour de Nancy pour l'affimative. Mais la négative est préférable.

642. Autre décision de la cour de Nancy contenue dans le même arrêt sur une question transitoire. Objection contre cette solution.

642 *bis*. Il n'est pas nécessaire que l'avis des quatre parents soit favorable. Renvoi pour les règles relatives à la composition du conseil de famille.

(1) *Infrà*, n° 644.

643. Quand le mariage est dissous, la femme recouvre sa liberté de renoncer, soit absolument, soit limitativement, à son hypothèque légale. Danger de pareilles renonciations.

643 *bis*. Règles pour distinguer si la renonciation de la femme est en faveur d'un tiers ou en faveur de son mari. La renonciation en faveur d'un tiers *transporte* l'hypothèque. Celle au profit du mari l'*éteint*. Réfutation de deux arrêts de la Cour de cassation, dont l'un confirme un arrêt de la cour de Dijon.

COMMENTAIRE.

639. S'il est défendu à la femme de renoncer *absolument* à son hypothèque légale par le contrat de mariage, combien, à plus forte raison, cette prohibition doit-elle s'étendre au cas où c'est pendant le mariage que le mari veut l'obtenir. Alors la femme est tout entière sous l'autorité et l'influence du mari, et si l'on interroge la loi, on voit à chaque pas qu'elle s'est montrée fort défiante sur les contrats passés par la femme au profit de son mari, *manente matrimonio*.

C'est ainsi, par exemple, que l'art. 1096 défend aux époux les donations irrévocables ; c'est ainsi que l'article 1595 ne leur permet de se vendre l'un à l'autre que dans certain cas. C'est ainsi encore que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement pendant le mariage (1395). D'ailleurs, c'est un principe certain que la condition de la dot ne peut être empirée par des stipulations entre mari et femme, à quelque époque que ce soit.

Disons donc que pendant le mariage la femme ne peut renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale en faveur de son mari.

Mais elle peut la limiter et la convertir en hypothèque spéciale.

Cependant la loi, qui craint l'empire du mari et *ses caresses trompeuses*, comme dit le président Favre, exige

qu'outre le consentement de la femme, et l'avis d'un conseil de famille composé de quatre des plus proches parents, le mari se fasse autoriser par le tribunal, dont le jugement ne peut être rendu qu'après avoir entendu le procureur impérial (Voyez l'article qui suit) (1).

640. On a demandé si notre article est applicable à la femme mariée sous le régime dotal. Mais les doutes à cet égard n'ont pu venir que de personnes qui n'ont pas fait assez d'attention aux lois romaines et à la jurisprudence des pays régis par le droit écrit.

J'ai retracé plus haut (2) le véritable état des choses. On peut y recourir.

Au surplus, il est bien entendu que la limitation de l'hypothèque légale de la dot ne peut avoir lieu qu'autant qu'il reste au mari des immeubles suffisants, et qu'il n'y a pas de danger pour la femme (3).

641. Examinons maintenant une difficulté assez grave.

Le mari qui offre des garanties suffisantes peut-il pendant le mariage *contraindre sa femme*, qui *refuse*, à consentir à une réduction de son hypothèque légale?

M. Tarrible et M. Grenier, sans examiner précisément la question en thèse, supposent que le consentement de la femme est indispensable.

(1) Sur la différence qui existe entre l'art. 2144 et l'art. 2161, V. *infrà*, n° 747.

(2) Nos 635 et suiv.

(3) V. Cassation, 20 avril 1826 (Sirey, 26, 1, 439). Et il a été décidé, par application du principe que la restriction de l'hypothèque opérée régulièrement est définitive et inattaquable par la femme dotale, en ce sens que si la garantie de sa dot devient insuffisante par suite d'un événement ultérieur (spécialement l'éviction de l'un des immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte), elle n'a aucun recours contre les tiers détenteurs des immeubles affranchis, même contre ceux qui auraient acquis antérieurement à la restriction de l'hypothèque légale. Montpellier, 17 décembre 1851 (Sirey, 52, 2, 664).

Le premier veut que la femme soit majeure pour donner son avis. Il exige de plus qu'il y ait de sa part assentiment donné d'avance, et un avis favorable de quatre parents. Sans cela, dit-il, la demande ne peut être écoutée (1).

Le second dit (2) que la réduction ne peut s'opérer que du consentement de la femme.

Au contraire, la cour de Paris, par arrêt du 16 juillet 1813 (3), et la cour de Nancy, par arrêt du 25 août 1825 (4), ont décidé que le mari peut obtenir en justice la réduction de l'hypothèque légale de sa femme, encore bien que celle-ci y refuse son assentiment.

Ce dernier arrêt, beaucoup mieux motivé que celui de la cour de Paris, qui ne fait que trancher la question par la question, est fondé sur ce qu'il n'a pu être dans l'intention de la loi de paralyser inutilement les droits du débiteur; que l'art. 2161 du Code Napoléon admet sans aucune distinction ni limitation l'action en réduction des hypothèques générales ; que cette action n'est soumise à aucune condition, et que, par conséquent, le mari débiteur d'une hypothèque légale peut l'exercer contre sa femme; que l'art. 2144 ne dit pas que le mari est déchu de son action en réduction si la femme refuse son adhésion; que l'action en réduction dirigée par le tuteur contre le subrogé tuteur récalcitrant, devrait avoir un succès infaillible si le tribunal la trouvait fondée. Qu'il faut donc dire la même chose lorsque la demande est

(1) Répert., Inscript., p. 211, col. 2.

(2) T. 1, p. 600. *Junge* MM. Persil, art. 2144 ; Zachariæ, t. 2, p. 281, note 16 ; Cubain, *Dr. des femmes,* n° 554.

(3) Sirey, 14, 2, 233, et Dalloz, Hyp., p. 439, n° 3. Ce dernier auteur a présenté une critique fort juste de cet arrêt, p. 436, n° 20.

(4) Sirey, 26, 2, 149. Dalloz, 2, 120. *Junge* MM. Duranton, t. 20, n° 208 ; Parmentier, *Rev. étrangère*, 3e série, t. 2, p. 44 ; d'Hautuille, *Rev. du rég. hyp.*, p. 281 ; Devilleneuve, *Collect. nouv.*, t. 7, part. 2, p. 201.

dirigée par le mari contre sa femme; car son opposition ne peut avoir plus de force que celle du subrogé tuteur. Son caprice ne doit pas enchaîner les droits du mari.

Quoique cet arrêt contienne une doctrine fort bien déduite, il m'est cependant impossible d'en adopter les principes. J'y vois une violation formelle de l'art. 2144 du Code Napoléon et une fausse interprétation de l'article 2161.

La femme a une hypothèque légale sur tous les biens de son mari pour sa dot et ses conventions matrimoniales. Voilà son droit tel que la loi le lui a assuré par le contrat de mariage. Nul ne peut être forcé de renoncer à ses droits, à moins de circonstances positivement déterminées par la loi. Or, la loi n'a rien dit qui puisse forcer la femme à abandonner partiellement son hypothèque légale lorsqu'elle n'y consent pas ; au contraire, lorsque le premier consul proposa le système qui fut depuis admis par le Code Napoléon, savoir l'hypothèque générale de droit au profit de la femme, sauf la possibilité de réduction en cas d'opportunité, il s'exprima de la manière suivante : « Il me semble qu'on parviendrait à » tout concilier, si on décidait que les hypothèques lé» gales frapperont de plein droit les immeubles du mari » ou du tuteur; *que cependant il est permis au mari de* » *les restreindre à une portion suffisante de ses biens* SI LA » FEMME Y CONSENT (1). »

L'art. 2161 dit, à la vérité, que dans le cas d'une hypothèque générale, lorsque les inscriptions portent sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance, *l'action en réduction est ouverte au débiteur*. Et il faut avouer que cet article concerne l'hypothèque légale des femmes, comme toutes les autres hypothèques générales, en ce sens qu'il donne au mari l'action en réduction.

(1) Conf., t. 7, p. 117.

Mais dire que cette action en réduction n'est soumise à aucune condition, c'est méconnaître la disposition expresse de l'art. 2144, qui veut que le mari soit muni du *consentement de sa femme*, et d'un avis de quatre parents.

Oui, sans doute, le mari a une action en réduction d'après l'art. 2161, de même que tous les débiteurs d'hypothèque légale. Mais cette action n'est pas recevable tant que, d'après l'art. 2144, le mari n'arrive pas avec un acte d'adhésion de sa femme et un avis de parents. Voilà comme l'art. 2161 du Code Napoléon se concilie avec l'art. 2144.

Les droits des femmes ont toujours été en France l'objet de faveurs et de privilèges de la part des législateurs. On a toujours mieux aimé étendre leurs prérogatives que les laisser dans la limite du droit commun. Qu'on ne s'étonne donc pas si la loi a voulu nécessairement le consentement de la femme pour limiter son droit hypothécaire sur la totalité de la fortune immobilière de son mari. Elle eût craint de tomber dans l'injustice, en permettant qu'on disposât des droits de la femme malgré elle ; car la femme est dans un état de dépendance pendant le mariage. C'est bien le moins qu'elle conserve sa liberté lorsqu'il s'agit de délibérer sur le sacrifice de ses droits.

On objecte que lorsque le mari est plus que solvable, son épouse est sans intérêt à refuser la limitation d'hypothèque qu'il réclame, afin de pouvoir contracter avec les tiers d'une manière avantageuse. Mais si quelquefois la femme est sans intérêt actuel pour refuser son adhésion, elle peut avoir un intérêt éventuel. Son mari peut par la suite aliéner ses propres, et lui faire contracter des dettes. On sait qu'elle doit avoir hypothèque pour le remploi et l'indemnité, droits qui ne sont encore pour elle qu'éventuels. De plus, connaissant les plus secrètes pensées de son mari, elle a pu pénétrer dans les replis de son cœur, y découvrir de funestes penchants, souvent

ignorés des autres, et dont l'explosion n'a été contenue peut-être que par ses conseils et son ascendant. Elle doit dès lors craindre pour l'avenir, et peut-être ceux qui l'accusent de caprice devraient rendre hommage à sa prudence et à sa sagesse.

Quel spectacle ensuite que celui d'un mari qui actionne sa femme devant les tribunaux pour la forcer à renoncer à ses droits! Si la loi eût voulu favoriser ces débats entre mari et femme, croit-on qu'elle se fût montrée bien morale? N'est-il pas à supposer au contraire qu'elle a voulu les éviter en exigeant avant tout la représentation du consentement de l'épouse?

On compare la femme au subrogé tuteur, et on croit triompher en disant : « La résistance du subrogé tuteur » ne peut paralyser l'action en réduction du tuteur, si » elle est bien fondée; donc, par identité, le refus de la » femme ne doit pas faire obstacle au succès du mari. »

Mais je ne crois pas qu'il y ait parité.

Le subrogé tuteur est le mandataire du mineur. Il représente un individu privilégié qui ne doit jamais perdre. Le législateur a supposé dès lors que le subrogé tuteur ne voudrait pas facilement engager sa responsabilité, qu'il s'en remettrait le plus souvent aux tribunaux, et que même il pourrait arriver que, pour la forme, il refuserait son adhésion par excès de précaution. C'est donc sagement que l'art. 2143 a ordonné que le subrogé tuteur serait actionné, et qu'au juge seul appartiendrait de statuer sur le débat, sans s'informer de l'opinion du subrogé tuteur, duquel on n'exige ni acquiescement ni résistance.

Mais la femme est dans une tout autre position; elle ne représente qu'elle-même; c'est de ses droits qu'il s'agit de disposer. Comment donc sa situation ressemblerait-elle à celle du subrogé tuteur?

Aussi la loi, qui dans l'art. 2143 a gardé le silence sur l'opinion du subrogé tuteur, s'empresse de dire, dans l'art. 2144, en parlant de la femme : « Pourra pareille-

» ment le mari, *du consentement de sa femme.* » Le *veto* de la femme est donc un obstacle infranchissable.

Au surplus, puisqu'on argumente par voie de comparaison, qu'on parcoure les formalités nécessaires pour la réduction des diverses espèces d'hypothèques légales, on verra que la loi ne s'est astreinte à aucun système uniforme.

S'agit-il de limiter l'hypothèque légale d'un comptable? c'est le trésor lui-même, c'est-à-dire la partie intéressée, qui en décide.

S'agit-il de spécialiser l'hypothèque d'un établissement de charité? c'est le conseil de préfecture qui en décide, c'est-à-dire l'autorité, qui remplit, pour ces sortes d'établissements, les fonctions dont est investi le conseil de famille pour les intérêts du mineur (1).

Ici un mode est tracé pour la limitation de l'hypothèque du mineur.

Là il s'en présente un autre pour la restriction de l'hypothèque de la femme.

Ainsi, il est périlleux de décider en cette matière par analogie.

On dit qu'il est de principe général, écrit dans l'article 2161, que le débiteur peut obtenir la restriction de l'hypothèque générale malgré le créancier.

Je réponds que ce principe n'est lui-même qu'une dérogation à cet autre principe bien plus général, que nul ne peut être contraint de renoncer malgré lui à ses droits; que les exceptions doivent être limitées dans les cas prévus, et que le législateur a manifesté la volonté de ne pas soumettre la femme à cette exception, et de la laisser dans le droit commun, en faisant du consentement de la femme une condition de la demande en réduction formée par le mari.

Ainsi les tribunaux peuvent bien refuser à un mari muni de l'autorisation de sa femme la réduction d'hypo-

(1) Décret du 11 thermidor an XII (30 juillet 1804).

thèque qu'il sollicite, parce qu'il peut arriver que le consentement de la femme ait été arraché par des caresses maritales, *maritalibus delinimentis*.

Mais je crois qu'ils ne peuvent la forcer à donner un consentement qu'elle refuse, et former, malgré elle, une convention nouvelle, qui dérogerait aux droits à elle assurés par son contrat de mariage.

On insiste en disant que, dans certaines circonstances, cet état de choses peut avoir quelques inconvénients ; par exemple, si la femme est en état de démence, et par conséquent dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Mais je réponds que les dispositions générales de la loi, en matière d'interdiction, pourvoient suffisamment à cette difficulté.

Le mari peut provoquer l'interdiction de sa femme, lui faire nommer un tuteur *ad hoc*, et faire solliciter par ce dernier l'autorisation du conseil de famille, conformément à l'art. 464 du Code Napoléon. Au moyen de ces formalités protectrices, on suppléera au défaut de la volonté de la femme.

Voilà des raisons qui me paraissent de nature à faire rejeter le sentiment des cours de Paris et de Nancy (1). On peut, du reste, consulter un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1824, qui semble justifier mon opinion par la manière dont il est motivé (2).

642. Il est un autre point jugé par ce même arrêt de la cour de Nancy, qui me paraît encore moins satisfaisant pour les jurisconsultes.

La dame Soriot, que son mari voulait forcer à réduire son hypothèque légale, avait été mariée sous l'empire de

(1) C'est ce qu'a fait la cour de Rouen par arrêts des 3 février 1834 (Sirey, 34, 2, 584) ; 27 avril 1844 (Sirey, 44, 2, 315); 11 mars 1846 (Sirey, 46, 2, 503). Et la cour de Paris elle-même n'a pas persisté dans sa jurisprudence. V. ses arrêts des 1er avril 1848 (Sirey, 48, 2, 224) ; et 31 mai 1851 (Sirey, 51, 2, 357).

(2) Dalloz, 25, 1, 14.

l'édit de 1771, c'est-à-dire sous une législation qui empêchait que le créancier ne fût contraint, dans quelque cas que ce soit, à spécialiser et limiter son hypothèque générale. C'était donc un droit acquis à la femme Soriot par la loi du mariage, et elle ne pouvait en être privée par le Code Napoléon, en supposant que la législation permette de forcer la femme à réduire son hypothèque générale.

Cependant la cour de Nancy a pensé le contraire.

« Considérant, dit-elle, qu'il est indifférent que l'acte » en vertu duquel existe le droit d'hypothèque générale, » soit antérieur à la promulgation du nouveau régime » hypothécaire ; que ce n'est pas donner à la loi un effet » rétroactif que d'en faire l'application à un droit qui a » pris naissance antérieurement, parce qu'il s'agit seulement de régler, pour l'avenir, les moyens d'après lesquels le droit pourra être maintenu ou exercé; que la » dame Soriot ne peut donc, sous le prétexte de son contrat de mariage, invoquer soit une fin de non-recevoir, » soit un moyen du fond contre la demande du sieur » Soriot. »

J'ose croire que ce considérant porte avec lui une empreinte manifeste d'erreur. Pour le prouver, je renvoie à ce qu'ont dit, à cet égard, MM. Chabot (1) et Grenier (2), et à ce que je dirai moi-même (3) en m'expliquant sur l'art. 2161.

642 *bis*. Nous avons montré que le consentement de la femme est indispensable.

Faut-il aussi que le conseil, composé de quatre parents, donne un avis favorable, pour que le tribunal puisse y avoir égard? Je ne le crois pas.

La loi n'exige pas que l'avis soit favorable. C'est au tribunal qu'il appartient de vider le partage qui pourrait exister entre la femme qui consent, et les quatre parents

(1) Quest. transit., Hyp., § 1.
(2) Hyp., t. 1, nos 189, 233, 270.
(3) N° 768.

qui désapprouvent (1). Cependant M. Tarrible a émis une opinion contraire (2); mais il me semble que c'est ajouter à la loi.

Quant à ce qui concerne la composition de ce conseil de famille, nous nous en occuperons plus particulièrement au n° 644.

643. Lorsque le mariage est dissous, la femme peut, à sa volonté, renoncer à son hypothèque légale, soit d'une manière absolue, soit limitativement.

Le cas suivant s'est présenté devant la cour d'Agen. Il prouvera que les femmes qui renoncent à leurs hypothèques légales après le mariage, doivent bien prendre garde de se préjudicier, parce que la loi cesse de les protéger d'une main aussi favorable que pendant le mariage.

Après le décès du sieur Lubespère, les biens composant sa succession furent échangés par ses fils. La veuve Lubespère renonça à son hypothèque légale sur ses biens avec clause expresse que cette même hypothèque affecterait ceux reçus en contre-échange.

Plus tard, les biens de Lubespère fils furent vendus. Sa mère demanda à être colloquée sur le prix pour le montant de sa dot et à la date de son contrat de mariage.

On lui objecta que ces biens, reçus en contre-échange, n'avaient pu être frappés que d'une hypothèque conventionnelle soumise à inscription, et qu'il était impossible de considérer cette hypothèque comme légale, puisque le mariage était dissous lorsque Lubespère fils les avait acquis.

Le tribunal de Condom repoussa cette prétention. Mais, sur l'appel, la cour d'Agen infirma la décision des premiers juges. Elle considéra en effet que les biens dont le prix était à distribuer étaient advenus au débiteur par suite d'un échange fait depuis la dissolution du mariage; que les immeubles donnés par Lubespère fils étaient

(1) Persil, art. 2144, 405. Dalloz, Hyp., p. 433 et 434.
(2) Inscript., Rép., § 3, n° 23.

soumis à l'hypothèque légale ; mais que la veuve avait consenti à les en affranchir ; que sa volonté de transférer l'hypothèque avec ses priviléges sur les immeubles reçus en contre-échange était inefficace ; qu'elle n'avait pu, après le mariage, créer une hypothèque légale sur des biens qui n'avaient jamais été grevés de l'hypothèque entre les mains de son mari ; sans quoi il faudrait dire que l'on peut par convention faire des hypothèques légales au préjudice des créanciers, et leur donner effet sur des biens n'ayant jamais appartenu au mari (1).

Cet arrêt est dans les vrais principes (2).

643 *bis*. Nous avons vu ce qui concerne la réduction des hypothèques légales des femmes dans l'intérêt de leurs maris.

Comme les formalités que la loi exige pour cette sorte de réduction sont beaucoup plus sévères que lorsqu'il s'agit de renoncer à une hypothèque dans l'intérêt d'un tiers, il importe de bien se fixer sur les principes qui peuvent faire discerner si la renonciation a lieu dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt des tiers (3).

Lorsque la femme renonce à son hypothèque légale dans l'intérêt d'un tiers, elle traite directement avec lui ; le plus souvent elle se dépouille pour l'investir, elle lui cède son rang de préférence, soit pour le déterminer à acheter, soit pour le déterminer à prêter son argent.

Il n'en est pas de même quand la femme renonce à son hypothèque dans l'intérêt de son mari ; sa renoncia-

(1) 15 janvier 1825 (Sirey, 26, 2, 130).

(2) *Suprà*, n° 348. — Mais il faut conférer ce que je dis ici avec le n° 434 *bis*, où je parle du cas tout à fait différent d'un échange fait au cours du mariage, cas dans lequel la généralité de l'hypothèque légale doit faire décider que l'hypothèque s'étend aux deux immeubles échangés.

(3) Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, sous les n°s 595 et 602, les formalités des art. 2144 et 2145 ne sont pas nécessaires pour les cessions ou renonciations *en faveur des tiers*. Voir les arrêts que j'ai indiqués, *loc. cit.*

tion est toujours pure et simple : elle n'a rien de translatif (1). Elle éteint l'hypothèque et ne la transporte pas. La preuve en est que l'art. 2145 veut que, quand il y a réduction au profit du mari, les inscriptions prises sur les immeubles affranchis soient rayées.

A l'aide de ces distinctions, il ne sera pas difficile de discerner les cas.

Examinons quelques-uns de ceux qui se sont présentés (2).

Dans une espèce jugée par la cour de Dijon, une dame Deschamps, pour venir au secours de son mari, avait déclaré vouloir que les créanciers de ce dernier fussent payés avant elle sur le prix d'immeubles qu'ils avaient fait saisir. Comme cette déclaration, faite dans la forme ordinaire, n'avait pas été accompagnée des formalités voulues par les art. 2144 et 2145 du Code Napoléon, la cour de Dijon déclara qu'elle était inefficace ; elle se fonda sur ce que cette renonciation était dans l'intérêt unique du mari : que la femme Deschamps, séparée de biens, n'avait aucun intérêt à cette renonciation, laquelle n'était l'accessoire d'aucune obligation contractée par elle ; que c'était là un fait spontané de la femme pour être utile à son mari ; que l'on doit dire que toutes les fois qu'il apparaît, par les circonstances, que l'acte ne contient qu'une cession pure et simple d'hypothèque à un tiers vis-à-vis duquel la femme n'avait pas d'engagements préexistants, et que cet acte n'a eu lieu que pour favoriser le mari, il faut alors exiger que les formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 soient observées.

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt de la section des requêtes du 9 janvier 1822 (3).

(1) *Suprà*, n° 600 *bis*.

(2) V. *infrà*, n° 738, un exemple que je crois inutile de rapporter ici. On peut consulter aussi un arrêt de la cour de Nancy du 24 janvier 1825 (Dalloz, 34, 2, 187) ; et un arrêt de la cour de Lyon du 23 avril 1832 (Dalloz, 33, 2, 4).

(3) Dalloz, Hyp., p. 154 et 155.

Ces deux décisions me paraissent mal rendues.

Les cessions d'hypothèques au profit des tiers n'ont été assujetties par la loi à aucune formalité. Il importe peu que la femme qui renonce soit déterminée par le motif de rendre service à son mari. On conçoit même que c'est toujours par intérêt pour son mari, et pour venir à son secours, que la femme consent de pareilles renonciations; mais les tiers n'ont pas à s'enquérir de ces motifs. Ils traitent avec une personne capable; ils se confient au droit commun (1), et c'est tromper leur bonne foi et violer la loi de leur contrat que d'appliquer aux cessions dont ils sont porteurs des formalités que la loi n'a entendu exiger que pour le cas de main-levée d'hypothèque et de radiations d'inscriptions consenties par la femme à son mari.

De quoi s'agissait-il devant la cour de Dijon? D'affranchir les immeubles du mari? Point du tout. L'hypothèque légale continuait à les grever; seulement, au lieu d'être exercée par la femme, elle était exercée par les créanciers du mari. De bonne foi, était-ce le cas d'appliquer l'art. 2144?

La cour de Dijon a fait un raisonnement singulier: de ce que le mari avait intérêt à cette renonciation de sa femme, elle en a conclu qu'il fallait ne tenir aucun compte de l'intérêt des tiers. Mais comment n'a-t-elle pas vu que la présence des tiers changeait la face des choses, et rendait même impossible l'application de l'art. 2144? Car, par cela seul qu'il y a un tiers cessionnaire des droits de la femme, il faut en conclure que ces droits continuent à grever les immeubles du mari, sauf qu'ils sont en d'autres mains.

On argumente de ce que la cession de la femme n'était la conséquence d'aucune obligation préexistante, et qu'elle n'en retirait aucun intérêt. Mais est-ce que cette

(1) Art. 217 du Code Napoléon.

circonstance doit influer sur le droit des tiers? La cession dont ces tiers se prévalaient avait une cause licite; elle produisait par conséquent un lien de droit, et il fallait la respecter.

Dans une seconde espèce jugée par la section civile de la Cour de cassation (1), il s'agissait d'une femme commune, qui, sans s'obliger personnellement avec son mari à l'égard de ses créanciers, s'était bornée à renoncer à son hypothèque légale en faveur de ceux-ci. Devant la cour de Metz on avait proposé l'objection suivante : la renonciation de la femme tourne évidemment au profit du mari : sans elle il n'aurait pas trouvé le crédit dont il avait besoin : c'est un moyen indirect d'affranchir ses biens de l'hypothèque légale de sa femme.

La cour de Metz crut utile de répondre à ce sophisme en établissant que la femme *commune* était censée profiter des obligations souscrites par son mari.

Il n'était pas nécessaire de recourir à ce moyen. Il suffisait de s'emparer des dispositions des art. 2144 et 2145, et de montrer qu'elles ne concernent que le casde *main-levée* de l'hypothèque, tandis qu'ici il s'agit de la cession de cette même hypothèque, ce qui est tout autre chose. Dans le cas de ces articles, la renonciation de la femme ne profite qu'au mari : ici elle profite non seulement au mari, mais encore à des tiers investis des droits de la femme et qui les exercent à sa place.

Le pourvoi contre l'arrêt de Metz, qui avait repoussé les art. 2144 et 2145 du Code Napoléon, fut rejeté par arrêt du 28 juillet 1823.

Dans une troisième espèce, une femme Beaudin avait consenti à restreindre son hypothèque; un conseil de famille avait donné un avis favorable qui avait été confirmé par le tribunal. Une maison, ainsi purgée de l'hypothèque légale, fut vendue à la veuve Sappet.

(1) Arrêt du 28 juillet 1823 (Dalloz, Hyp., p. 156).

La femme Beaudin prétendit plus tard que l'avis des parents était nul, que toute la procédure était irrégulière, que d'ailleurs, étant mariée sous le régime dotal, elle n'avait pu renoncer à son hypothèque, etc.

Arrêt de la cour d'Aix, qui déclare que les formalités voulues par la loi ont été observées; qu'au surplus, l'hypothèque étant radiée quand la veuve Sappet a acheté, la femme Beaudin n'est pas recevable à la faire revivre; qu'enfin la radiation a profité à la femme Beaudin, parce que le prix de la vente a servi à payer ses dettes.

Pourvoi en cassation : de tous les moyens proposés, la section des requêtes n'en a examiné qu'un seul. Elle a décidé que, la radiation ayant été faite dans l'intérêt de la femme Beaudin, l'art. 2144 n'était pas applicable (1).

A mon avis, un pareil motif ne supporte pas l'examen. En effet, il ne s'agissait pas ici d'une cession d'hypothèque faite à un tiers. La femme Sappet, acquêteresse, n'avait pas été subrogée aux droits de la femme Beaudin : elle avait trouvé l'immeuble affranchi, et si par hasard des créanciers hypothécaires jusqu'alors inconnus d'elle fussent venus l'attaquer, elle n'aurait pu se prévaloir des droits de préférence de la femme Beaudin, puisqu'elle avait reçu l'immeuble exempt de l'hypothèque de cette dernière.

Ceci posé, il est clair que la femme Beaudin avait fait une renonciation pure et simple; elle avait réduit son hypothèque; elle l'avait radiée et fait disparaître des immeubles grevés. C'était précisément le cas des art. 2144 et 2145 du Code Napoléon. Et cependant la Cour de cassation décide que l'art. 2144 n'est pas applicable!!!

Elle objecte que la radiation était dans l'intérêt de la femme; mais bien entendu aussi qu'elle était dans l'intérêt du mari, puisqu'elle rendait son immeuble libre,

(1) Arrêt du 20 avril 1826 (Dalloz, 26, 1, 255).

exempt de charges et entièrement disponible, puisqu'il pouvait en toucher le prix sans être obligé de le déposer entre les mains de ses créanciers ; c'est donc là un avantage direct que lui faisait sa femme. Or, l'art. 2144 ne permet pas qu'une femme puisse, pendant le mariage, faire remise d'hypothèques à son mari, sans l'avis de quatre parents, homologué par le tribunal ; cet article ne distingue pas si la remise a lieu seulement dans l'intérêt du mari, ou dans l'intérêt réuni de la femme et du mari ; il est général, et je ne vois pas de raison solide pour en éluder l'application.

Au surplus, je n'entends pas critiquer le résultat consacré par la cour d'Aix. Cette cour s'est décidée par un ensemble de motifs dont quelques-uns, étrangers à la difficulté que j'examine, sont décisifs. Mais il me semble que la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a eu le tort d'approuver précisément ce qu'il y avait de faible dans son arrêt : j'ai dû en faire la remarque : car, si on voulait prendre au pied de la lettre la décision de la Cour suprême, il s'ensuivrait qu'une femme pourrait, sous prétexte qu'elle y a intérêt, s'affranchir des gênes heureusement apportées à la restriction de son hypothèque légale pendant le mariage, donner témérairement main-levée de ses inscriptions au profit de son mari, et rendre illusoires des précautions élevées contre la faiblesse de son sexe, et le trop grand ascendant de son époux.

ARTICLE 2145.

Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur impérial, et contradictoirement avec lui.

Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées.

SOMMAIRE.

644. Contradicteurs du tuteur et du mari. Devoirs et droits du procureur impérial. Renseignements dont le tribunal doit s'environner. Caractère du jugement qu'il rend sur la demande du tuteur ou sur la demande du mari. La femme qui a donné son consentement ne peut plus attaquer le jugement de réduction. Mais *quid* quand elle n'a pas donné son avis ?

644 *bis*. Effet du jugement de réduction, soit à l'égard des biens affranchis, soit à l'égard des biens maintenus sous l'hypothèque.

645. L'hypothèque disparaît de dessus l'immeuble. Conflit entre l'acquéreur qui l'achète après le jugement et le créancier qui aurait en sa faveur une cession antérieure des droits de la femme sur cet immeuble.

COMMENTAIRE.

644. La demande du tuteur a pour contradicteur le subrogé tuteur et le procureur impérial. Au contraire, la demande du mari n'a pour contradicteur que le procureur impérial, attendu que le consentement de la femme étant absolument nécessaire au mari, d'aprés ce qui a été dit ci-dessus, le mari et la femme ne peuvent pas se trouver en collision l'un avec l'autre.

Le procureur impérial doit s'armer de toute la rigueur de son ministère pour défendre les intérêts de la femme et du mineur, et empêcher qu'ils ne soient sacrifiés par une procédure irrégulière. On a vu des tribunaux restreindre l'hypothèque générale de l'épouse, sans qu'elle ait manifesté sa volonté, sans qu'elle ait été partie, même indirectement, dans l'instance (1); accueillir des

(1) V. l'espèce d'un arrêt de la cour de Riom du 3 mars 1830 (Dalloz, 33, 2, 41).

demandes en réduction formées par des tiers détenteurs, à l'insu du mari et de la femme qu'on tenait à l'écart, bien qu'on disposât de leurs droits, et qu'on usât, pour eux et sans eux, d'un privilége qui leur est entièrement personnel (1) ; réduire l'hypothèque à des biens insuffisants pour garantir les droits de la femme, et faire dégénérer en une véritable spoliation des mesures qui n'ont été sagement introduites que pour protéger le crédit particulier. Il y a aussi des tribunaux qui se sont persuadés que tout leur pouvoir se bornait à homologuer purement et simplement la décision du conseil de famille provoquée par le tuteur, et à accorder à ce dernier la restriction qu'il demandait sur simple requête et sans avoir assigné le subrogé tuteur (2). Ce sont là de graves abus que je signale à l'attention du ministère public, et que sa vigilance pourra toujours prévenir. Le procureur impérial, constitué partie adverse du tuteur, et surtout du mari, doit recueillir tous les renseignements propres à éclairer la religion du tribunal : prendre, si cela est nécessaire, l'initiative de la contradiction, requérir une expertise pour constater la valeur des biens auxquels on propose de restreindre l'hypothèque, etc. Enfin il ne doit pas hésiter à demander le rejet des demandes qui ne seraient pas présentées dans la forme légale, ou qui lèseraient les droits si précieux de la femme et du mineur.

Un point qui doit d'abord être mis hors de toute controverse, c'est que le jugement exigé par l'art. 2145 n'est pas un jugement d'homologation, comme dans le cas des art. 458 et 467 du Code Napoléon; c'est un jugement rendu par la voie contentieuse entre deux intérêts rivaux. Le tribunal a un droit supérieur d'appréciation et de contrôle, et il n'est lié ni par l'avis du conseil de

(1) Même espèce.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 3 juin 1834 (Dall., 34, 1 205).

famille, ni par l'acquiescement du subrogé tuteur, ni par le consentement de la femme. Il faut même dire que sa décision serait radicalement nulle, si elle était rendue en l'absence du subrogé tuteur, qui n'aurait pas été dûment appelé. C'est un point que la Cour de cassation vient de mettre hors de toute controverse en cassant, par arrêt du 3 juin 1834, un arrêt de la cour de Rouen qui (chose incroyable !) n'avait vu dans l'intervention du tribunal qu'une simple homologation à laquelle il n'était pas nécessaire que le subrogé tuteur fût requis d'assister (1).

Au surplus, j'ai fait connaître, au n° 638, quelles sont les conditions requises pour que le tuteur obtienne la restriction, si toutefois le tribunal a la conviction que les sûretés qu'il offre sont notoirement suffisantes.

Quant à la demande en réduction formée par le mari, le procureur impérial et le tribunal devront s'assurer d'abord du consentement de la femme, qui est la base de toute la procédure. Le Code ne dit pas dans quelle forme ce consentement doit être donné. Il suffit qu'il soit libre et non équivoque.

La composition du conseil de famille doit ensuite fixer l'attention des magistrats. On a vu, par l'art. 2144, qu'il doit être formé des quatre plus proches parents. Cet article ne répète pas la disposition de l'art. 409 du Code Napoléon, qui, dans le cas où il ne se trouve pas sur les lieux un nombre suffisant de parents les plus proches, permet d'appeler des parents d'un degré plus éloigné. Je pense que l'art. 2144 du Code Napoléon doit être exécuté à la rigueur, et que l'influence de l'art. 409 doit

(1) Dalloz, 1, 34, 1, 205. M. Dalloz, en rapportant cet arrêt, présente la question comme entièrement neuve, et comme n'ayant pas été prévue par moi dans la première édition de ce Commentaire. Il est vrai que je n'avais pas expressément formulé l'espèce sur laquelle la Cour de cassation a statué ; mais les principes qui ont servi de base à son arrêt ressortent de tout ce que j'avais dit au n° 644 avant de le retoucher.

lui rester étrangère. Quel a été le but du législateur? Il a voulu faire un appel à l'intérêt des parents que la proximité du sang appelle à recueillir la succession de la femme. C'est cet intérêt qu'il a constitué le premier juge de l'opportunité de la demande en radiation. Plus les quatre parents sont rapprochés, plus ils ont l'espoir légitime d'être un jour les héritiers de la femme, et plus aussi ils mettront de scrupule à discuter le mérite de la demande et à défendre l'épouse contre les exigences de son mari. Mais où seront les garanties que recherche le législateur si le conseil de famille est composé de parents éloignés, ou peut être même d'étrangers indifférents à l'avenir de la femme, et qui ne voudront probablement pas prendre sur eux de déplaire au mari en le contrariant? Ajoutez à ces considérations que le conseil de famille n'est ici composé que de quatre personnes, tandis que, dans le cas de l'art. 409, sept parents y sont appelés ; qu'enfin, dans l'espèce de ce dernier article, il y a urgence à réunir le conseil, afin que le mineur ne reste pas sans un surveillant qui prenne soin de sa personne et de ses biens, tandis que, lorsqu'il n'est question que d'une simple réduction d'hypothèque, il n'y a presque aucun péril en la demeure : *Non est damnum in morâ modici temporis*. Je dois dire néanmoins que la cour de Grenoble a décidé, par un arrêt du 18 janvier 1833, que l'art. 2144 du Code Napoléon doit être coordonné avec les art. 407 et 409 (1). Peut-être y a-t-il quelques inconvénients inévitables dans le système que je propose. Mais je crois qu'il y en a de plus nombreux et de plus grands dans le système de la cour de Grenoble, qui d'ailleurs a contre lui la lettre de la loi et la discussion du conseil d'Etat. Voici, en effet, ce que j'y lis : « M. BÉRENGER demande que la loi se borne » à dire qu'on prendra l'avis de l'assemblée de famille, » *sans exiger que cette assemblée soit composée des parents*

(1) Dalloz, 33, 2, 85.

» *les plus proches*, parce qu'ils peuvent être actuellement
» éloignés.

» Le consul CAMBACÉRÈS dit qu'il craint, si cet amen-
» dement est admis, que la disposition ne dégénère en
» pure formalité ; qu'alors on composera l'assemblée de
» personnes indifférentes, et que rien n'attache aux in-
» térêts des parties.

» M. BERLIER dit que la loi ne doit point vouloir l'im-
» possible, et qu'il faut ici, comme au titre des tutelles,
» entendre par *plus proches parents*, les parents les plus
» proches parmi ceux qui se trouvent dans un rayon
» donné.

» L'article est adopté (1). »

On voit que M. Berlier parlait dans le sens de l'amendement de M. Bérenger, et qu'il contredisait l'opinion de M. Cambacérès, que nous défendons ici. Or, il me paraît évident que l'adoption pure et simple de l'art. 2144 est la condamnation du système de MM. Bérenger et Berlier; car, où trouver dans son texte quelque chose qui se plie à leurs idées? Comment en faire sortir la limite de ce rayon donné dont parlait M. Berlier? Pour quiconque voudra y réfléchir, il n'y a aucune parité entre la rédaction de l'art. 2144 et celle de l'art. 407, et la pensée du premier se révèle tout entière dans les observations de M. Cambacérès.

Le procureur impérial devra en outre examiner si l'hypothèque dont on demande la réduction est une hypothèque générale, ou bien si elle n'a pas été spécialisée par le contrat de mariage. Dans ce dernier cas, la demande en réduction ne serait pas admissible d'après l'art. 2144, dont le texte est précis (2). La jurisprudence offre cependant des exemples de tribunaux qui, dans de telles circonstances, ont aveuglément accueilli l'action

(1) Fenet, t. 25, p. 378.
(2) Arrêt conforme. Riom, 3 mars 1830 (Dalloz, 33, 2, 41).

en réduction (1) !!! Tant que le ministère public ne sera pas pénétré de l'idée qu'il n'a été investi du rôle de partie que pour empêcher que la demande autorisée par les art. 2143 et 2144 ne dégénère en une vaine formalité d'homologation, les abus dont je parle seront à redouter; et cependant, qui pourrait méconnaître les inconvénients désastreux qui marchent à leur suite? J'aurai tout à l'heure l'occasion de faire voir le dommage que la femme peut en éprouver.

Mais auparavant il me reste à examiner une difficulté. Elle consiste à savoir si le procureur impérial peut interjeter appel du jugement rendu par le tribunal contrairement aux intérêts qu'il est chargé de défendre.

La cour de Grenoble s'est prononcée pour la négative par l'arrêt que je viens de citer (2). Mais il faut observer que la cour n'avait pas à juger en thèse cette question. Je crois que sa solution ne saurait être admise. Ces expressions, *contradictoirement avec le ministère public*, dont se sert notre article, conduisent à un résultat tout opposé à celui qu'elle a fait prévaloir. Elles donnent au procureur impérial la qualité de partie; elles l'opposent au tuteur ou au mari comme défendeur chargé de contredire à leur demande. A ce titre, le droit d'appel lui appartient; car il est attribué par le droit commun à toute partie qui veut élever des plaintes contre un jugement de première instance ; sans cela, la défense serait inégale et incomplète. Le protecteur du mineur ou de la femme ne pourrait pas faire réformer une erreur de la justice, tandis que leur adversaire serait investi de cette faculté!! Une telle inconséquence est-elle admissible?

La cour de Grenoble argumente du silence de la loi. Mais c'est précisément ce silence qui condamne son

(1) V. l'espèce de cet arrêt de Riom.
(2) *Junge* Rouen, 8 décembre 1843 (Sirey, 44, 2, 476). — V. aussi Rouen, 16 août 1843 (Sirey, 44, 2, 76).

opinion ; car l'appel est une voie de droit qui est toujours censée réservée, à moins qu'elle ne soit exclue d'une manière formelle. Le Code Napoléon a-t-il, par exemple, stipulé, au profit du ministère public, la faculté d'appeler d'un jugement rendu en matière d'absence? Nullement. Cependant l'art. 116, dans lequel on retrouve mot pour mot les expressions pleines de sens de notre article, *contradictoirement avec le procureur impérial,* a paru suffisant à la jurisprudence pour faire universellement décider que le ministère public peut se rendre appelant d'un jugement rendu dans ces sortes de causes. Aussi M. Merlin dit-il que c'est très-surabondamment que l'art. 8 de la loi du 13 janvier 1817 a réservé ce droit au procureur impérial (1). Pourquoi donc les expressions que j'ai relevées auraient-elles dans l'article 116 un autre sens que dans l'art. 2145? N'y a-t-il pas identité de rédaction, identité de faveur, identité de surveillant (2)?

Il suit de ma proposition, que je crois constante, que le mari et le tuteur devront signifier au procureur impérial le jugement de réduction, afin de faire courir les délais de l'appel. Les tiers qui contracteront avec eux devront également vérifier si cette formalité a été remplie, s'ils ne veulent pas s'exposer à des mécomptes, et se voir peut-être recherchés pour des biens qui leur auront été prématurément représentés comme dégrevés de l'hypothèque légale.

Lorsque la femme a donné son consentement, et que le jugement est passé en force de chose jugée, il ne lui est pas permis d'attaquer par la voie de la tierce oppo-

(1) Répert., t. 16, p. 11, art. CXIX.

(2) Du reste, la cour de Grenoble n'a pas persisté dans sa jurisprudence; elle a admis le droit d'appel pour le ministère public, par arrêt du 7 août 1849 (Sirey, 50, 2, 398). C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par arrêt du 3 décembre 1844 (Sirey, 45, 1, 14).

sition cette décision dans laquelle elle a été représentée par le procureur impérial, et qu'elle a déterminée d'ailleurs par son adhésion. Peu importerait que le conseil de famille eût été mal composé (1), que ses droits eussent été mal défendus et même lésés, etc. L'autorité de la chose jugée couvre toutes ces erreurs, et elle est ici d'autant plus sacrée qu'elle protége le crédit particulier contre des surprises. Le procureur impérial sentira par là la gravité de la responsabilité qui pèse sur lui.

Mais si la femme n'avait pas été appelée à donner son consentement, on ne pourrait évidemment pas lui opposer une procédure à laquelle elle aurait été laissée étrangère. Je ne doute pas qu'elle ne pût obtenir le rétablissement de son hypothèque (2).

On demande si la femme, devenue libre depuis le jugement de réduction intervenu d'après son consentement, mais avant qu'il fût passé en force de chose jugée, pourrait s'en rendre appelante à la place du procureur impérial.

Pour l'affirmative, on dit que le procureur impérial n'est que le représentant de la femme ; que celle-ci, étant désormais libre d'agir, n'a plus besoin de ce protecteur légal, dont les pouvoirs sont dès lors expirés : qu'elle peut donc faire par elle-même ce qu'il aurait fait pour elle ; que le consentement qu'elle a donné ne peut lui être opposé, parce qu'il lui a été arraché par les obsessions de son mari.

Mais l'opinion contraire est préférable : la femme n'est pas partie agissante dans la procédure organisée par les art. 2144 et 2145. Elle n'y comparaît que pour donner son avis. Lorsque cet avis est exprimé dans un sens favorable à la réduction, ce n'est pas à elle qu'il appartient de le critiquer. Elle a épuisé son droit, elle a élevé

(1) Arrêt de Grenoble précité.
(2) Arrêt de Riom précité.

contre ses réclamations une fin de non-recevoir. C'est le conseil de famille, dans un intérêt d'agnation, c'est le procureur impérial, dans un intérêt qui embrasse celui de la femme et de la famille, qui seuls ont capacité pour faire ressortir les vices de cet avis. Le procureur impérial remplit une mission d'ordre public, son action est une véritable action publique, dont lui seul est le juge ; et un simple particulier ne saurait en hériter ni se substituer à l'organe de la loi, lorsque d'ailleurs il s'est lié par un consentement antérieur (1).

644 *bis*. Lorsque le tribunal (2) prononce la réduction, l'hypothèque superposée sur les biens libérés disparaît, et l'on raye l'inscription qui la rendait publique.

Mais quant à l'hypothèque qui reste sur les biens non affranchis, elle conserve toujours ses prérogatives, c'est-à-dire qu'elle est dispensée d'inscription au regard de la femme et du mineur, et qu'elle remonte au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle.

645. On peut soulever ici une question importante. Lorsqu'un immeuble se trouve affranchi de l'hypothèque légale par suite des mesures dont je viens de parler, et qu'un tiers vient à l'acheter avec la certitude publique qu'il est exempt de l'affectation hypothécaire de la femme, pourra-t-on avoir égard aux renonciations que la femme aurait pu faire antérieurement au profit d'un créancier de son mari?

Par exemple : Les sieur et dame Thomas s'obligent solidairement envers Pierre, et la dame Thomas transfère à ce dernier tous ses droits d'hypothèque légale sur le domaine des *Abreuvoirs*.

Quelque temps après, la femme Thomas consent à ce que son hypothèque soit restreinte, et que le domaine des

(1) V. l'arrêt de Grenoble qui le juge ainsi.

(2) Quel est le tribunal compétent? On peut se référer pour cette question aux art. 2159 et 2161 du Code Napoléon.

Abreuvoirs en soit affranchi. La procédure suit sa marche et arrive à son terme, sans qu'on soit instruit de la renonciation précédemment consentie au profit de Pierre.

Quelque temps après, le domaine des *Abreuvoirs* est vendu par le sieur Thomas à Delarue, qui paye comptant entre les mains de son vendeur.

On demande si Pierre pourra inquiéter le sieur Delarue, et exercer contre lui le droit de suite.

On dira en sa faveur :

Pierre est cessionnaire d'une hypothèque légale : il n'était pas nécessaire qu'il prît inscription pour profiter des droits de la femme.

Lorsque la femme Thomas a renoncé à son droit, elle s'en était déjà dépouillée : elle a donc fait une renonciation sans cause. Pierre ne peut en souffrir : c'est pour lui *res inter alios acta*. Tous les faits de la dame Thomas, postérieurs à la cession qu'elle a faite à Pierre, ne peuvent préjudicier à celui-ci, d'après la loi 11 § 10 au Dig. *De except. rei judicatæ*.

Quelque logique que paraisse cette argumentation, il me semble que l'acquéreur devra l'emporter.

Il n'était tenu à remplir les formalités pour purger l'immeuble qu'il achetait, qu'autant qu'il n'aurait pas eu juste sujet de croire que cet immeuble était affranchi de l'hypothèque de la femme. En effet, les art. 2193, 2194, 2195, supposent à chaque ligne que l'acquéreur est pénétré de l'idée que le droit de la femme couvre l'immeuble. Mais quand des actes publics, quand un jugement rendu suivant les formes consacrées ont déclaré que l'immeuble était désormais affranchi, il est clair que l'accomplissement des formalités prescrites par les articles dont j'ai parlé n'est plus possible. Ne serait-ce pas un non-sens, en effet, que de vouloir qu'un acquéreur fasse signifier à la femme et au procureur impérial (art. 2194) le dépôt au greffe de son contrat, lorsqu'on lui a présenté un jugement portant que la femme n'a aucun droit sur cet immeuble?

L'acquéreur a donc été dans son droit en ne purgeant pas et en payant sur-le-champ le prix de son acquisition.

Maintenant que vient lui reprocher le cessionnaire de la femme? Rien absolument qui le mette en contravention à une disposition de la loi. Il lui oppose seulement que la femme ne pouvait traiter d'une hypothèque dont elle s'était déjà dessaisie. Cette raison est sans doute puissante; mais elle est paralysée par les objections que l'acquéreur puise dans sa bonne foi, dans la confiance due aux jugements, dans la dispense où il se trouvait de purger.

Il y aura, si l'on veut, deux droits parallèles; mais, dans le choc qu'ils produisent en se rencontrant, celui de Pierre devra succomber, parce que la critique n'a rien à reprocher à Delarue, tandis que Pierre a commis la négligence de ne pas s'inscrire en son nom personnel comme il en avait le droit. S'il eût pris cette précaution (1), recommandée par la sagesse la plus vulgaire (2), son droit fût resté intact; car il aurait été connu des tiers, et la fraude dont il est aujourd'hui victime aurait été prévenue. Entre son adversaire, qui est exempt de toute négligence, et lui, qui doit s'imputer son manque de vigilance, il semble qu'il n'y a pas lieu à hésiter.

(1) *Suprà*, n° 609, *in fine*.
(2) *Suprà*, t. 1, n° 377.



FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE 2e VOLUME.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Paris. — Imp. Wittersheim, 8, rue Montmorency.





